Die zugesicherten Eigenschaften beim Kauf.

Ein Beitrag zur Auslegung von § 459² B.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Königlichen
Friedrich Wilhelm-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Engelbert Lehnsdorf,
Referendar.

ACAD.
IUR. BAT.
BIBL.

Breslau 1911.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.

Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Seinen geliebten Eltern

in kindlicher Liebe und Dankbarkeit!

Literatur.

Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 78.
Bartoli commentaria.
Basilicorum libri LX.
Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht:
I. Teil: Geschichte des Kaufs, 1876.
II. u. III. Teil: System des Kaufs:
1. Abt. 1884; 2. Abt. 1905 u. 1908.
Bekker, Die Aktionen des röm. Privatrechts.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Bruns foutes.
Codex Maximilianeus Bavaricus.
Cosack, Bürg. Recht, 1898.
Crome, Bürg. Recht, Bd. 2, 1902.
Cuiacii opera.
Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B.
Dernburg, Pandekten, Bd. II, 7. Aufl.
— Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs, 5. Aufl.
— Schuldverhältnisse, 3. Aufl., 1906.
Deutsche Juristen-Zeitung, herausg. von Laband (D.J.Z.)
Donelli commentaria.
Düringer-Hachenburg, Kom. z. H.G.B., 3. Bd.
Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel, Diss., Erlangen, 1900.
Eneccerus-Lehmann, B.G.B., Bd. 2.
Entscheidungen des Kgl. Obertribunals von Meyer usw.
— des Reichs-Ober-Handels-Gerichts (E.R.O.H.G.).
— des Reichsgerichts in Zivilsachen (E.R.G.).
Epping, Die Gewährleistung wegen Mängel, Diss., Erlangen, 1897.
Fischer, O., Lehrbuch des preuß. Privatrechts.
Fitting, Summa codicis des Irnerius.
Förster-Eccius, Preuß. Privat-Recht, 5. u. 6. Aufl.
Glück, Pandekten.
Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Hanseatische Gerichts-Zeitung.
Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht, 1883, 1884, 1887.

Hillebrandt, Die Eigenschaften einer Person oder Sache, Breslau, 1910.
Ihering, Geist des römischen Rechts, 4. Aufl.
— Jahrbücher.
J. Pauli recept. sent. ad fil libri V, 1833.
Juristische Wochenschrift (J.W.)
Koch, Kommentar zum A.L.R., 1. Bd., 6. Aufl., 1874.
Kommissionsprotokolle zum B.G.B., 2. Lesung, II. Band.
Motive zum Entwurf eines B.G.B., Bd. II.
Neumann, Kom. zum B.G.B., II. Bd., 3. Aufl.
Oertmann, Kom. zum B.G.B., II. Bd.
Pernice Labeo.
Planck, Kom. zum B.G.B., II. Bd., 3. Aufl.
Das Recht, von Soergel.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, von Mugdan usw. (E.O.L.G.)
Regelsberger, Die Vorverhandlungen bei Verträgen, 1868.
Sächsisches Archiv für bürgerl. Recht.
Schloßmann, Der Irrtum über wesentl. Eigenschaften, 1903.
Schröder, Zur Lehre von der Gewährleistung, Diss., Halle, 1903.
Schweiz. Obligationenrecht, von A. Schneider und H. Fick, Zürich, 1893.
Seufferts Archiv.
Staub, Kom. zum H.G.B., 2. Bd., 8. Aufl., 1907.
Staudinger, Kom. zum B.G.B. II[1], 3./4. Aufl., 1908.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privat-Rechts, 3. Bd., 3. Aufl., von Lehmann.
Stölzel, Zivilistische Praxis, 1. Teil, 7. Aufl.
Striethorst, Archiv für zivilist. Praxis.
M. Ter. Varr. rerum rusticarum libr. III, Ausgabe Keil, 1889.
Weyl, System des Verschuldensbegriffes, 1905.
Windscheid, Pandekten, Bd. II, 9. Aufl., von Kipp.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers im allgemeinen und seine Haftung im Falle der Zusicherung** 1

§ 2. **Geschichtlicher Überblick** 5

§ 3. **Die Zusicherung im System des B.G.B.** 10

§ 4. **Begriff der Zusicherung:**
Die „zugesicherten Eigenschaften" müssen Vertragsbestandteile sein. Als Zusicherungen kommen nur ernstliche und bestimmte Angaben tatsächlicher Natur in Betracht 12

§ 5. **Gegenstand der Zusicherung:**
Gegenstand der Zusicherung können sein:
a) gewöhnlich vorausgesetzte und besondere Eigenschaften 21
b) Merkmals- und Verhältniseigenschaften 22
c) gegenwärtige, vergangene und zukünftige Eigenschaften 31

§ 6. **Begründung und Form der Zusicherung:**
A. Die Zusicherung kann begründet werden:
a) durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung 36
b) vor und nach Vertragsschluß 37
B. Die Zusicherung muß die Form des ihr zugrundeliegenden Kaufvertrages teilen 38

§ 7. **Die rechtliche Tragweite der Zusicherung:**
Sie bestimmt sich nach dem speziellen Inhalt der Zusicherung. Bei Auslegung des Inhalts finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung. Jedoch verdient auch der Wortlaut der Erklärung Beachtung 40

§ 8. **Die zugesicherten Eigenschaften beim Kauf in besonderen Fällen:**
a) beim Grundstückskauf 43
b) beim Viehkauf 44
c) beim Kauf nach Probe 44
d) Zusicherungen der Ehefrau 45
e) Zusicherungen eines Dritten 45
f) Zusicherungen bei einer Mehrheit von Verkäufern 46

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0102

§ 1.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers im allgemeinen und seine Haftung im Falle der Zusicherung.

Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers ist ihrem Inhalte nach eine zweifache: eine Rechtsgewährleistung, sofern sie sich auf das dem Käufer zu verschaffende Recht bezieht, also rechtliche (juristische) Mängel betrifft, und eine Sachgewährleistung, auch Mängelhaftung genannt, sofern sie sich auf die Beschaffenheit der dem Käufer verkauften Sache bezieht, also tatsächliche Mängel betrifft.

Beide Arten der Gewährleistung stellen nach geltendem Recht in ihren Voraussetzungen und Wirkungen gesonderte Rechtsinstitute dar[1]) und zwar sind die Fälle der Rechtsgewährung grundsätzlich nach den für die Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages geltenden Bestimmungen[2]) zu beurteilen, während die Gewährleistung für Sachmängel als selbständiges Sonderinstitut[3]) geregelt ist.

Notwendige Voraussetzung jeder Gewährleistungspflicht ist zunächst ein rechtswirksamer, insbesondere also in gehöriger Form abgeschlossener und von Willensmängeln

---

[1]) Entsprechend dem gemeinen Recht (Windscheid, a. a. O., II, §§ 391 ff., 393 ff.) im wesentlichen auch dem code civil, Art. 1625 ff., 1641 ff.; dem sächs. B.G.B. §§ 899 ff., 930 ff.; dem schweizerisch. Bundesgesetz, Art. 235 ff., 254 ff.; aber im Gegensatz zum preuß. Recht: A.L.R. I, 5, §§ 317, 318 ff.; I, 11, §§ 136 ff.

[2]) § 440 i. V. mit §§ 320 bis 327 B.G.B.

[3]) in den §§ 459 bis 493 B.G.B. Diese Vorschriften gelten nur für „Sachen", d. h. nach der diesem Ausdruck im § 90 B.G.B. gegebenen Begriffsbestimmung für körperliche Gegenstände; vgl. E.R.G. in J.W. 1904 S. 403; 1905 S. 389.

freier Kaufvertrag.[4]) Er ist die Grundlage der Haftung, nicht etwa ein neben dem Kaufvertrage herlaufender besonderer Garantievertrag.[5]).

Fernere Voraussetzung ist, daß der Vertrag wenigstens teilweise erfüllt ist. Hat eine Übergabe der verkauften (beweglichen) Sache an den Käufer noch nicht stattgefunden, so kann er wohl die Verschaffung des Rechts an der Kaufsache vom Verkäufer verlangen,[6]) nicht aber dessen Haftung aus der Rechtsgewährung geltend machen.[7]) Ebenso kann der Käufer seine aus der Mängelhaftung des Verkäufers sich ergebenden Rechte nicht verwirklichen, solange er nicht die Gefahr zu tragen hat.[8]) Bis dahin hat er nur das Recht, die Annahme der mangelhaften Sache zu verweigern.[9]) Ist aber die Gefahr auf ihn übergegangen, so haftet der Verkäufer ohne Rücksicht auf ein Verschulden und sein Wissen um den Mangel.

Die Gewährleistung für Sachmängel beruht auf dem allgemeinen Gedanken, daß der Verkäufer die Kaufsache in derjenigen physischen Beschaffenheit zu gewähren hat, wie Käufer sie auf Grund seines Kaufes beanspruchen kann. Daraus folgt von selbst die Haftung des Verkäufers für Sachmängel. Solche können in doppeltem bestehen: im Vorhandensein positiver Fehler, d. h. einer vom Normalzustand abweichenden Beschaffenheit der Kaufsache, und im Nichtvorhandensein besonders versprochener Eigenschaften. Dementsprechend kennt auch das B.G.B. zwei Arten der Haftung des Verkäufers für Sachmängel: eine in allen Fällen kraft Gesetzes eintretende,[10]) die sich

---

[4]) E.R.G. 49, 422; 71, 432.

[5]) Motive Bd. II S. 211: Eccius in Gruchot 43, 306.

[6]) Gemäß § 433, Abs. 1, Satz 2 B.G.B.

[7]) E.R.G., 53, 72 ff.; Düringer-Hachenburg a. a. O. S. 111; ebenso im A.L.R. E.O.T. 11, 190.

[8]) § 459 B.G.B. i. V. mit §§ 446, 447, 300 B.G.B.

[9]) E.R.G. 53, 70 f.

[10]) B.G.B. § 459 Abs. 1.

nur auf das Nichtvorhandensein von solchen Fehlern bezieht, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, und eine kraft besonderer Parteivereinbarung eintretende Haftung,[11]) die sich auch auf das Vorhandensein der „zugesicherten Eigenschaften“ erstreckt.[12]) Letztere Eigenschaften hat also nur derjenige Verkäufer zu gewähren, der eine „Zusicherung“ erteilt hat, während für das Vorhandensein der erstgenannten gewöhnlich oder vertraglich vorausgesetzten Eigenschaften[13]) kraft einer allerdings nicht zwingenden Rechtsnorm ohne weiteres zu haften ist.

Beide Arten der Mängelhaftung sind im Gesetz nach Inhalt und Wirkungen verschieden gestaltet[14]) und zwar geht die Haftung aus einer Zusicherung über die gesetzliche nach folgenden Richtungen hinaus: Sie tritt einmal ein ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Mangels — es braucht sich demnach hier um einen Fehler im engeren Sinne (§ 459[1] B.G.B.) gar nicht zu handeln, auch das Nichtvorhandensein einer Eigenschaft, die sonst nicht vermutet wird, begründet die Haftung, sofern die Eigenschaft nur zugesichert wurde[15]) —; sie wird ferner nur durch die positive Kenntnis des Käufers von dem Fehlen der Eigenschaft ausgeschlossen, nicht auch durch die grobe Fahrlässigkeit der Unkenntnis — der Verkäufer also, der eine rechtsgeschäftliche Zusicherung erteilt, hat für sie einzustehen, gleichviel ob er die Unrichtigkeit gekannt oder die Zusicherung im guten Glauben an ihre Richtigkeit erteilt hat[16]) —; sie begründet endlich neben dem Anspruch

---

[11]) B.G.B. § 459 Abs. 2.

[12]) Der Zusicherung von Eigenschaften steht die Zusicherung der Abwesenheit von Fehlern gleich; vgl. § 460 Satz 2 B.G.B.

[13]) Vgl. die negative Fassung des § 459 Abs. 1 Satz 1 im Gegensatz zu Absatz 2.

[14]) B.G.B. §§ 459, 460, 462, 463, 464.

[15]) E.R.G. 47, 135 und Römer in D.J.Z. 1904, 591.

[16]) E.R.G. in Recht 1907, No. 2269.

auf Wandelung und Minderung, falls die Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsschlusses fehlte, ohne weiteres einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.[17])

Aus der strengeren Haftung des Verkäufers für Zusicherungen folgt die Tendenz des Gesetzes: den Verkäufer uneingeschränkt für die zugesicherten Eigenschaften einstehen zu lassen.[18]) Das Gesetz faßt eben die Zusicherung als direktes Versprechen der Garantie für die betreffenden Eigenschaften auf. Die oben ausgeführten rechtlichen Folgen treten, sofern nur eine rechtswirksame Zusicherung erteilt ist, von selbst ein; es bedarf nicht etwa noch einer besonderen vertraglichen Übernahme der Haftung, die an sich bei der nachgiebigen Natur der gesetzlichen Gewährschaftsvorschriften[19]) zulässig wäre.

Es fragt sich nun, wie die Zusicherung von Eigenschaften beschaffen sein muß, um als rechtswirksame im Sinne des Gesetzes zu gelten und die im Gesetze vorgesehene Haftbarkeit zu begründen? Genügt als solche jedes beliebige Versprechen oder muß das Versprechen gewisse Bedingungen erfüllen, um als Zusicherung zu gelten?

Um zu dieser Frage Stellung zu nehmen, wird man nicht umhin können, dem rechtsgeschichtlichen Werdegang der Zusicherung nachzugehen, der, wie alle Gewährschaftsvorschriften des B.G.B.,[20]) seinen Ausgang nimmt vom römischen und deutschen Recht, insbesondere dem römisch-rechtlichen sog. ädilizischen Edikt.

---

[17]) Dieser Anspruch ist ebenso wie die Ansprüche auf Wandelung und Minderung ein Anspruch aus dem Vertrage und ohne Rücksicht auf ein Verschulden gegeben (s. Eccius in Gruchot, Bd. 43, 306; E.R.G. in J.W. 1907, 358). Deshalb nennt ihn Blume (in Iherings Jahrbüchern Bd. 55, S. 209) mit Recht einen qualifizierten Gewährschaftsanspruch.

[18]) Vgl. Protokolle Bd. I S. 688.

[19]) s. Denkschrift S. 92.

[20]) Motive Bd. II S. 224; Denkschrift S. 92.

§ 2.

Geschichtlicher Überblick.

In der ältesten Zeit des römischen Zivilrechts, als der Kauf zustande kam in der Form der mancipatio,[1]) konnte eine verpflichtende Zusicherung nur in Form einer besonderen stipulatio gegeben und vom Käufer mit der actio ex stipulatu geltend gemacht werden. Solche stipulationes finden sich an vielen Stellen bei Varro de rebus rusticis.[2]) Auch die zwölf Tafeln kennen nur eine Haftung des Verkäufers für das ausdrücklich Zugesicherte, nämlich für „ea, quae essent lingua nuncupata".[3]) Ob die bei der mancipatio vorkommende nuncupatio auch Zusicherungen zum Gegenstande haben konnte, ist aus den Qullen nicht mit Sicherheit zu erkennen. Man kann dies bejahen, wenn man mit Ihering[4]) annimmt, daß es sich bei dem nuncupare, das bei Cicero in der oben zitierten Stelle[5]) erwähnt wird, um Stipulationen handelt, nicht um Nebenbestimmungen zur Manzipation. Die rechtliche Konsequenz dieser Annahme wäre, daß der Käufer seine Rechte unmittelbar mit den aus der mancipatio entspringenden Klagen, nämlich der actio auctoritatis und de agri modo,[6]) geltend machen

---

[1]) Über das Wesen der mancipatio vgl. die Theorien von Puchta, Ihering, Huschke und Leist, dazu die Ansicht Bechmanns in a. a. O. Bd. I S. 47 bis 90.

[2]) lib. II, cap. 2 § 5; cap. 3 § 5; cap. 5 §§ 10, 11; cap. 6 § 3; cap. 9 § 7; cap. 10 § 5; als Beispiel einer mit der mancipatio verbundenen Stipulation in den Digesten vgl. l. 122 § 2 D. 45, 1.

[3]) Cicero de officiis lib. III cap. 16 § 5; XII tab. VI, 1; über die Bedeutung von nuncupare vgl. Gaius lib. II § 104: nuncupare est palam nominare.

[4]) a. a. O. II, 2 S. 545 bis 550; ähnlich Bechmann, a. a. O., I S. 236 ff.

[5]) Anm. 3.

[6]) vgl. Paulus a. a. O. II, 17 §§ 1, 3 und II, 17 § 4. Mit der ersteren machte der Käufer gegen den Verkäufer den Anspruch auf Eviktionsleistung geltend — l. 76 D 21, 2 —; mit der letzteren klagte man wegen Unrichtigkeit von Zusicherungen in bezug auf die Größe eines Grundstückes.

konnte. Da beide Klagen actiones speciales waren, meint Bechmann,[7]) daß jede Zusicherung, die nicht mit diesen actiones aus der Manzipation geltend gemacht werden konnte, rechtlich irrelevant gewesen sei. Diese Ansicht erscheint nicht unanfechtbar. Denn es ist nicht einzusehen, warum das römische Recht nur eine spezielle actio für Zusicherungen der Größe eines Grundstückes und nicht auch eine allgemeine oder noch andere spezielle actiones für Zusicherungen anderer Art gekannt haben sollte?[8])

Nachdem sich später aus dem „Realkauf,[9]) der durch bloßen consensus entstehende Kauf entwickelt hatte, konnte der Verkäufer nicht nur wegen der ausdrücklich versprochenen Eigenschaften, die nunmehr in den Quellen als „promissa“ bezeichnet werden, sondern auch wegen solcher Eigenschaften belangt werden, die er bei den Vertragsverhandlungen als vorhanden bezeichnet hatte. Diese Angaben nannte man „dicta“.[10])

Indes war dem römischen Zivilrecht eine grundlegende Scheidung von promissa und dicta unbekannt. Diese blieb dem Ädilenrecht vorbehalten.

Die kurulischen Ädilen (seit 367 v. Chr.), denen die Rechtsprechung in Marktsachen oblag, betonten in ihrem Edikt,[11]) und zwar zuförderst im „Sklavenedikt“[12]) für Sklavenkäufe, dann im „Jumentenedikt“[13]) für Viehkäufe,

---

[7]) a. a. O. S. 249.

[8]) Vgl. Bekker a. a. O. I, 67, 79; Stamm a. a. O. S. 3; auch Bechmann, a. a. O. I, S. 250 oben.

[9]) Pernice a. a. O. Bd. I S. 457.

[10]) Vgl. l. 6 § 4; l. 13 §§ 3, 4 D. 19, 1. Eine Begriffsbestimmung von promissa und dicta gab das römische Zivilrecht, im Gegensatz zum ädilizischen Recht, nicht.

[11]) D. 21. 1: De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris; C. 4, 58; De aediliciis actionibus. Über die Veranlassung dazu: l. 1. § 2 D. 21, 1.

[12]) l. 1 § 2 D. 21, 1.

[13]) l. 38 pr. D. 21, 1.

ausdrücklich, daß der Verkäufer nicht nur wegen der vertragsmäßig versprochenen Eigenschaften, promissa, sondern auch wegen der bei den Verhandlungen über den Kauf der Kaufsache angerühmten Eigenschaften, dicta, Gewähr zu leisten habe.[14]) Als „dictum" wurde angesehen: quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur, während sich das promissum beziehen konnte: et ad nudam promissionem sive policitationem vel ad sponsum.[15]) Als dicta kamen nicht in Betracht Äußerungen, die der Verkäufer lediglich zur Empfehlung oder Anpreisung der Kaufsache tat.[16])

Schon in der Kaiserzeit wurden die Grundsätze des ädilizischen Edikts über Zusicherungen auf alle Käufe analog angewandt.[17])

Gegenüber der umfassenden Regelung der Materie im römischen Recht bietet das älteste deutsche Recht hierüber nur wenig. Diesem war ursprünglich eine Haftung aus dem Kaufe überhaupt unbekannt und zwar sowohl zu der Zeit, als der Kauf nur als Barkauf zulässig[18]) war, sowie auch später, als man von der Forderung sofortiger gegenseitiger Erfüllung abging und der Kauf, der nunmehr unter Beobachtung gewisser Formen und durch Hingabe eines wadium zustande kam, Vertragsobligation geworden war. Denn die Hingabe des wadium begründete für den Geber zunächst noch keine Einlösungspflicht.[19]) Erst als die Hingabe des wadium der Bestellung eines Pfandes durch den Schuldner gleichkam, welches bei Nichterfüllung des Vertrages dem Gläubiger verfallen sein

---

[14]) l. 17 § 20 D. 21, 1.

[15]) l 18 D. 21, 1.

[16]) Horaz lib. II epist. II, 11: laudat venales, qui volt extrudere imerces; l. 43 pr. D. 18, 1; l. 19 pr. und § 3 D. 21, 1.

[17]) l. 1 pr., l. 48 § 6, l. 49, l. 63 D. 21, 1; l. 4 C. 4, 58; gegen die herrschende Meinung: Gaus im Arch. f. zivil. Pr. II. S. 112 ff.

[18]) s. Stobbe a. a. O. S. 297.

[19]) Stobbe a. a. O. S. 109.

sollte, kann von einer Haftung die Rede sein und zwar lediglich mit dem Pfande. Neben dieser Sachhaftung konnte eine persönliche Haftung nur dadurch begründet werden, daß sich der Gläubiger die Erfüllung des Vertrages vom Schuldner durch wadiatio feierlich geloben ließ.[20]) Ob sich die wadiatio in dieser Gestalt[21]) auch auf das Vorhandensein von Eigenschaften erstrecken konnte, darüber geben die Quellen keinen Aufschluß. Jedenfalls bezog sich die Haftung ursprünglich nur auf besonders schwere Mängel und sie konnte nur dann geltend gemacht werden, wenn Käufer die Kaufsache, bevor er sie in seine „gewere" genommen, auf die ihr beigelegten Eigenschaften untersucht und die vorhandenen Mängel sogleich gerügt hatte. Denn wenn der Käufer die Sache „besehen" — besut unde an sine were bringet — hatte, war der Verkäufer von seiner Haftung frei.

Infolge des Mangels an positiven Bestimmungen über Zusicherungen im deutschen Recht wurden die betreffenden Vorschriften des ädilizischen Edikts in Deutschland unverändert aufgenommen. Sie finden sich auch bei der stufenweisen Weiterbildung des gemeinen Rechts. So heißt es bei Irnerius:[22]) „aiunt ediles item, ut quod dictum vel promissum est, prestetur". Seit der Zeit der Postglossatoren kam der im ädilizischen Recht so streng durchgeführte Unterschied von dictum und promissum außer Anwendung;[23]) das dictum näherte sich mehr und mehr dem promissum und ging am Schlusse der Entwicklung des gemeinen Rechtes ganz in ihm auf. Nur bei den Vertretern der französischen Schule findet sich die Unter-

---

[20]) Vgl. Stobbe a. a. O. S. 110.

[21]) Später hatte sie nur die Bedeutung eines Symbols des geschehenen Vertragsschlusses und kam den übrigen Vertragsformen, wie die Hingabe eines Stabes (festuca), die Begebung einer Urkunde (carta), Handschlag und Eid, gleich.

[22]) Summa codicis LIII, 2.

[23]) Bartoli commentaria p. 831, ad lex XIX: non istum verum, qui ponit differentiam inter dictum promissum.

scheidung von dictum und promissum in engster Anlehnung an das Ädilenrecht aufrechterhalten.[24])

In den Kodifikationen der einzelnen Territorien war die Lehre von der Zusicherung grundsätzlich im Anschlusse an das fortgeschrittene gemeine Recht geregelt. Diesem entsprechend kannten die Territorialrechte nur eine Art der Zusicherung, die ihrer rechtlichen Natur dem römisch-rechtlichen promissum entsprach. Der codex Maximilianeus Bavaricus von 1756[25]) sprach von Sachen, „welche dasjenige nicht an sich haben, was sie ... dem Versprechen nach an sich haben sollen", das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794[26]) von ausdrücklich „vorbedungenen" Eigenschaften, und verstand darunter Eigenschaften, welche so zugesagt wurden, daß aus der Zusage für den Verkäufer ein besonderer Verpflichtungsgrund zur Gewährung der Eigenschaften entsprang.[27])

Keinerlei Bestimmungen über Zusicherungen finden sich im Handelsrecht, und zwar weder im „Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch" von 1861[28]), noch im gegenwärtig geltenden Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Von den modernen ausländischen Rechten enthalten das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811, der code civil,[29]) und ihm folgend der codice civile del regno d'Italia, der código civil espagnol und der codigo civil

---

[24]) Vgl. Donellus, commentaria ad titulum de aedil. edicto X p. 1302 f.

[25]) 4. Teil, 3. Kap., § 23 unter 4.

[26]) A.L.R. § 275 I, 5; § 193 I, 11.

[27]) Bornemann a. a. O., 2. Bd. S. 591; O. Fischer, Pr.Pr.Recht S. 338; Foerster-Eccius, Pr.Pr.Recht Bd. I S. 497, A. 1; vgl. auch S. 499, A. 9; Strieth, Arch. Bd. 84 S. 302; Dernburg, Pr.Pr.Recht Bd. 2 S. 376, will auch nach preuß. Recht zwischen dicta und promissa unterschieden wissen.

[28]) Bundesgesetz vom 5. VI. 1869.

[29]) von 1804, in der Zeit von 1807 bis 1814 code Napoléon genannt. Er hat im Badischen Landrecht von 1809 eine wörtliche amtliche Übersetzung gefunden.

Portuguez keine besonderen Vorschriften über Zusagen beim Kauf. Sie rechnen auch die Haftung für solche Zusagen nicht mit zur Gewährleistung. Mängel aus Zusagen sind daher nach den allgemeinen Grundsätzen über Erfüllung von Verträgen zu beurteilen.[30])

Auch das „Schweizerische Zivilgesetzbuch“ vom 10. Dezember 1907 enthält keine Spezialvorschriften über Zusicherungen. Es läßt die darüber bestehenden Bestimmungen des „Bundesgesetzes über das Obligationenrecht“ vom 14. Juni 1881 in Kraft.[31]) Dieses Gesetz legt in Art. 243 die Haftung des Verkäufers für die „zugesicherten Eigenschaften“ fest und zwar ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel. Fallen gelassen hat das Gesetz den in seinen ersten Entwürfen nach dem Muster des Züricher Gesetzbuches enthaltenen Passus, daß „das im Handel übliche Anpreisen der Waren durch den Verkäufer nicht ohne weiteres als verbindliche Zusicherung von Eigenschaften zu beurteilen ist.“

§ 3.

Die „zugesicherten Eigenschaften“ im System des B.G.B.

Das B.G.B. spricht von „zugesicherten Eigenschaften“ im speziellen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, und zwar beim Kauf,[1]) bei der Miete[2]) und beim Werkvertrage.[3]) Es bestimmt ferner,[4]) daß die beim Kauf hierüber gegebenen Vorschriften auch auf andere Verträge, die die Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen

[30]) Das österr. B.G.B. spricht unter den allgemeinen Bestimmungen über Verträge von „ausdrücklich bedungenen“ Eigenschaften; §§ 922 ff.; im übrigen s. code civil art 1135, 1603, 1610, 1181, 1146 ff. — vgl. auch E.R.G. 8, 298 —; codice civile d'Italia art 1498; bód. civ. esp. art 1484; cod. civ. Port. art 1581 f.

[31]) Art. 62 der Einführungsbestimmungen.

[1]) §§ 459, 460, 463, 468, 480, 490, 492, 494.

[2]) § 537.

[3]) § 633.

[4]) § 493.

Entgelt zum Gegenstande haben, entsprechende Anwendung finden. Als solche Veräußerungsverträge kommen im allgemeinen in Betracht: die Leistung an Erfüllungs Statt (§ 365), der Tausch (§ 515), die Gesellschaft (§§ 705 ff.), der Vergleich (§ 779), die Hingabe eines Sachdarlehns (§ 607), die uneigentliche Verwahrung (§ 700) und die Gemeinschaftsteilung, soweit dabei das Eigentum an Sachen übertragen wird (§ 757). Als Belastungsvertrag kommt vor allem der — obligatorische — Verpfändungsvertrag in Frage. Besondere Einzelvorschriften gibt das Gesetz bei der Hingabe an Erfüllungs Statt (§ 365), der Schenkung (§ 524), der Gemeinschaftsteilung (§ 757), der Auseinandersetzung bei Gütergemeinschaft (§ 1477), der Kindesausstattung (§ 1624 [2]), dem Gattungsvermächtnis (§ 2183), dem Erbschaftskauf (§ 2376 [2]) und der Weiterveräußerung einer Erbschaft (§ 2385 [1]).

In seinem ersten Entwurf hatte das B.G.B. die Materie, wie die Gewährleistungspflicht überhaupt, unter den allgemeinen Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse geregelt mit der Begründung, daß beide Institute der Gewährleistung in den Quellen des römischen Rechts sich zwar hauptsächlich in Beziehung auf den Kaufvertrag entwickelt, jedoch spätestens schon im gemeinen und modernen Recht allgemeine Bedeutung erlangt hätten, nämlich prinzipiell für alle lästigen Veräußerungsverträge.[5]) Die Kommission für die zweite Lesung beschloß[6]) indes „ohne Debatte", die Gewährleistung wegen Mängel „zunächst für den Kauf zu regeln und dann zu prüfen, ob und inwieweit die für den Kauf gegebenen Rechtssätze auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge auszudehnen seien". Hierbei leitete sie die Erwägung, daß „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, wenn man die Rechtssätze vorerst auf den Kauf beschränkte, auf dessen Gebiete die Hauptanwendungsfälle liegen". Die betreffenden Be-

[5]) Motive II, 212.
[6]) Protokolle, Bd. I, S. 653, 670.

stimmungen sind dann auch in der Bundesrats- und der Reichstagsvorlage dort verblieben und finden sich an dieser Stelle auch im Gesetze vor.

§ 4.

Begriff der Zusicherung.

Die Lehre von den „zugesicherten Eigenschaften“ beim Kauf im B.G.B. stellt den Abschluß der geschichtlichen Entwicklung der Lehre im gemeinen Recht dar.

Der Wortbegriff „Zusicherung“, den das B.G.B. dem schweizerischen Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 entlehnt hat, bedeutet etwa so viel wie Versprechen, also eine an einen Dritten gerichtete Erklärung menschlichen Wollens, durch welche eine Änderung in den beiderseitigen Beziehungen herbeigeführt werden soll. Wenn nun an das Versprechen Rechtswirkungen geknüpft werden, so bedeutet es eine Willenserklärung, die eine Änderung in den gegenseitigen Rechtsbeziehungen zur Folge haben soll. Eine solche Willenserklärung nennt das Rechtsleben eine rechtsgeschäftliche. Da die Zusicherung nach der Rechtsordnung und der Absicht ihres Urhebers Rechtswirkungen nach sich zieht, stellt sie eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung dar.

Eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung kann wieder entweder selbst Rechtsgeschäft sein, und zwar je nachdem zur Erfüllung des Tatbestandes des Rechtsgeschäftes die Willenserklärung eines Rechtssubjektes, oder die übereinstimmenden Willenserklärungen mehrerer Rechtssubjekte erforderlich sind, ein einseitiges oder ein zweiseitiges, ein Vertrag. Sie kann aber auch nur Bestandteil eines Rechtsgeschäftes sein.

Unter den Begriff eines einseitigen Rechtsgeschäftes kann die Zusicherung nicht fallen. Denn sie begründet eine Haftung des zusichernden Verkäufers dem Käufer gegenüber. Das Gesetz sagt ausdrücklich: „der Verkäufer haftet

auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.“ Beweggrund jeder Haftung ist eine Schuld, ein Schuldverhältnis. Dieser Begriff umfaßt im weitesten Sinne jedes eine Haftung begründende Verhalten. Zur Entstehung eines Schuldverhältnisses ist nach dem Gesetz[1]) grundsätzlich ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich. Eine Ausnahme von diesem Regelfall hat das Gesetz nur bei den einseitigen Rechtsgeschäften der Auslobung, Schuldverschreibungen auf den Inhaber, Stiftung und bezüglich der einseitigen Anordnungen des Erblassers gemacht.[2])

Die Zusicherung erfordert also die übereinstimmenden Willenserklärungen mehrerer Rechtssubjekte, sie stellt begrifflich zunächst ein vertragliches Versprechen dar, ob ein selbständiges oder zu einem Vertrage gehöriges bleibe noch dahingestellt. Jedenfalls können einseitige Erklärungen über Eigenschaften der Kaufsache, dicta, als „Zusicherungen“ nicht in Frage kommen.

Aber nicht jedes vertragliche Versprechen hat nach dem Sinne des Gesetzes die Bedeutung einer „Zusicherung“. Vielmehr folgt einerseits daraus, daß das Gesetz, wie bereits gesagt, an den Tatbestand der Zusicherung erhöhte Folgen knüpft, und andererseits die „zugesicherten Eigenschaften“ gegenüberstellt den „gewöhnlich oder nach dem Vertrage allgemein vorausgesetzten Eigenschaften“, daß die „Zusicherung“ den Sinn eines besonderen, über den Rahmen der gewöhnlichen Vertragsabmachungen hinausgehenden Versprechens hat.

Eine Zusicherung liegt also grundsätzlich nicht schon dann vor, wenn die Parteien eine Abrede treffen über eine Eigenschaft, für deren Vorhandensein der Verkäufer schon nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften haftet. Die Zusage des Verkäufers, der Kaufgegenstand sei „frei von

---

[1]) § 305 B.G.B.

[2]) §§ 657 ff.; 793 ff.; 80 ff.; 2174 ff. B.G.B.

Rechten Dritter", stellt also eine rechtsgeschäftliche Zusicherung nicht dar; denn schon kraft Gesetzes[3]) ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Rechten zu verschaffen. Ebenso erscheint die Annahme einer Zusicherung dann nicht gerechtfertigt, wenn bei den Kaufverhandlungen lediglich hervorgetreten ist, daß die Kaufsache einer bestimmten, diese Eigenschaft erfordernden Verwendung beim Käufer dienen soll. Denn solche nach dem Sinne des Vertrages vorausgesetzte Eigenschaften fallen unter die Vorschrift des § 459 Abs. 1 B.G.B. Es kann demnach A den B, bei dem er einen „zur Verwendung auf seinen Feldern geeigneten Dampfpflug" bestellt hat, aus einer Zusicherung nicht in Anspruch nehmen, wenn der Pflug den besonderen Schwierigkeiten des Bodens den A nicht gewachsen ist. Denn der Inhalt der Bestellung, auf die hin die Lieferung erfolgte, läßt das Erfordern eines besonderen Versprechens nicht erkennen.[4])

Aus der Gegenüberstellung der „zugesicherten Eigenschaften" und der gewöhnlich oder „nach dem Vertrage" vorausgesetzten Eigenschaften im Gesetze folgt ferner, daß unter „Zusicherung" nur eine im Rahmen des Vertrages gehaltene besondere Abrede zu verstehen ist. Beide Arten der Eigenschaften bilden den Inhalt der gesetzlichen Mängelhaftung. Deren Grundlage ist der Vertrag. Dieser wird wiederum durch seinen Inhalt bestimmt. Soweit sich der Inhalt aber auf die Beschaffenheit der Kaufsache bezieht, wird er umgrenzt durch die allgemein vorausgesetzten und besonders versprochenen Eigenschaften. Die zugesicherte Eigenschaft muß also, um als solche beachtlich zu sein, zum Inhalt des Vertrages gehören, den Inhalt mitbestimmen. Das tut sie dann, wenn die Umstände des Vertrages ergeben, daß der Käufer von ihrem Vorhandensein seinen Kaufwillen abhängig gemacht und

[3]) § 434 B.G.B.

[4]) Vgl. E.O.L.G. 9, 2; E.R.G. in Seuff. Arch. 65, 345.

der Verkäufer seinen Gewährleistungswillen zu erkennen gegeben hat.

Es genügt also nicht eine Vereinbarung, die zwar bei den Kaufverhandlungen getroffen wurde, aber nicht zum Bestandteil des Vertrages gemacht ist, also z. B. eine lediglich bei den Vorverhandlungen über den Kauf getroffene Abrede. Andererseits ist nicht erforderlich, daß der Verkäufer wegen der Richtigkeit der Zusicherung eine besondere Garantie übernimmt. Der Käufer braucht auch nicht seinen Kaufwillen von dem Vorhandensein der Eigenschaft in dem Sinne abhängig machen, daß er den Vertrag ohne die zugesicherte Eigenschaft nicht geschlossen hätte. Der eine Zusicherung Behauptende hat vielmehr lediglich nachzuweisen, daß die betreffende Eigenschaft als zusätzliche Kaufbedingung vereinbart, Vertragsbestandteil geworden ist. Ob in dieser Richtung die Umstände des Vertrages die Annahme einer Zusicherung rechtfertigen, ist eine Rechtsfrage. Es ist also Sache des erkennenden Richters, in jedem einzelnen Falle den Verpflichtungswillen der Parteien zu erforschen. Eine Feststellung dieses Willens durch den Eid des Gegners wäre nicht angängig; denn der Eid würde von dem Eidespflichtigen ein Rechtsurteil verlangen, zu dem man erst kommt mit Hilfe von Schlußfolgerungen aus einem bestimmten Tatbestande. Eine Eideszuschiebung könnte sich also lediglich auf die Tatsache der Parteierklärungen erstrecken (§ 445 Z.P.O.), nicht auch auf deren rechtsgeschäftliche Natur.

Die hier vertretene Auffassung des Wesens der Zusicherung als Vertragsbestandteil[5]) ist in der Rechtsprechung und Literatur fast allgemein geteilt.

Das Reichsgericht präzisiert seinen Standpunkt dahin,[6]) daß als „Zusicherung nur eine vom Käufer als vertrags-

---

[5]) Dem römisch-rechtlichen „promissum“ entsprechend.

[6]) E.R.G. 53, 200; 54, 223; in D J.Z. 1904, 2. Spruchs., S. 15 f.; in Recht 1907, 508, No. 1008; in J.W. 1909, 71; in Seuff. Arch. 59, No. 151.

mäßig verlangte und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegebene Erklärung in Betracht komme". Das Bayrische Oberste Landesgericht sagt,[7]) „die zugesicherte Eigenschaft müsse zum Inhalt des Vertrages gemacht und die Absicht ausgedrückt sein, dafür einzustehen". Im Sinne der Rechtsprechung erklärt sich auch die überwiegende Mehrzahl der juristischen Schriftsteller, wie Cosack,[8]) Ebert,[9]) Eccius,[10]) Endemann,[11]) Kober,[12]) Neumann,[13]) Oertmann,[14]) Planck,[15]) Staub[16]) u. a.

Einen abweichenden Standpunkt hat Dernburg.[17]) Er hält die allgemeine Ansicht für zu eng begrenzt. Er will auch nach B.G.B. unterschieden wissen zwischen „dicta" und „promissa",[18]) zwischen Zusicherungen während der Verhandlungen und vertraglichen Zusicherungen, „da die römische Lehre der Gewährschaft die Quelle des B.G.B. bilde," und will den Verkäufer auch für Angaben haften lassen, die er vor dem Abschluß des Verkaufs „sei es dem Käufer gegenüber, sei es öffentlich, derart machte, daß der Käufer Grund hatte, auf sie zu bauen". Diese Ansicht wird man zunächst schon aus Gründen der Stetigkeit im Recht ablehnen müssen. Denn in den meisten Fällen wird es überaus schwierig sein zu entscheiden, ob der Grund, den der Käufer als stichhaltig annahm, auch wirklich ins Gewicht fallend war, und ob die Erklärung

---

[7]) In Recht 1902, 395.
[8]) Bürgerl. Recht, § 128, I[1].
[9]) In Fischer-Henle, B.G.B., Anm. 8 zu § 459.
[10]) In Gruchot 43, 309.
[11]) B.G.B. I. Bd., S. 1899.
[12]) In Staudinger a. a. O. Anm. IVa zu § 459.
[13]) Kom. z. B.GB., Anm. c zu § 459.
[14]) Kom. z. B.G.B.. II S. 182 A. 5.
[15]) Kom. z. B.G.B. (3. Aufl.) Bd. II S. 363.
[16]) Kom. z. H.G.B. Anm. 32 zu § 377.
[17]) Bürgerl. Recht, Bd. II[2], S. 62 f.
[18]) Eine solche Unterscheidung im Gesetzestexte forderte Crome im Hinblick auf den Entwurf eines B.G.B., im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 78, S. 141 bis 144.

des Verkäufers auch tatsächlich einen Grund zu dieser Annahme bildete. Es wäre also Sache des Richters, zunächst festzustellen, ob das dictum an sich so getan war, daß der Käufer auf ein Gewährleistenwollen schließen konnte und ferner, ob auch objektiv ein Haftenmüssen aus der Äußerung hervorgeht. Würde aber das dictum als verpflichtend gegebene Zusicherung festgestellt werden, so müßte der Verkäufer nach dem Gesetz dafür in gleicher Weise Gewähr leisten, wie für ein vertragliches promissum. Das wäre zweifellos eine Härte, da bei einem promissum auf keiner Seite bezüglich der Haftung ein Irrtum vorkommen kann, während ein dictum dem Verkäufer leicht als verpflichtende Zusicherung zur Last gelegt werden könnte. Wenn also auch ein dictum eine rechtsgeschäftliche Zusicherung abgeben sollte, dann hätte das Gesetz nach den Grundsätzen der Billigkeit die Haftung des Verkäufers für beide Fälle verschieden gestalten müssen. Aus dieser Erwägung ging ein bei den Beratungen der zweiten Kommission des B.G.B. eingebrachter Antrag hervor,[19]) der unterschieden wissen wollte zwischen einfacher Zusicherung und qualifizierter Zusicherung, zwischen „Zusicherung“ und „Garantieversprechen“, und der den Verkäufer aus einer einfachen Zusicherung nur dann haften lassen wollte, wenn er das Vorhandensein einer Eigenschaft oder das Nichtvorhandensein eines Mangels wider besseres Wissen zusicherte oder einen ihm bekannten Mangel arglistig verschwieg. Der Antrag wurde von der Mehrheit der Kommission mit der Begründung abgelehnt, daß die vorgeschlagene Regelung nur „ein unpraktikables Recht schaffen und die Zahl der Prozesse vermehren würde, da es häufig streitig und zweifelhaft sein würde, ob eine einfache oder qualifizierte Zusicherung gegeben sei“. Durch diese Stellungnahme trug die Mehrheit der Kommission der geschichtlichen Entwicklung der Zusicherung im gemeinen Recht, das

[19]) Kom. Prot. II. Lesg., 2. Buch zu § 385, S. 687; vgl. auch Crome im Arch. Bd. 78, 122 ff. und 144.

schließlich nur das vertragliche promissum als verbindliche Zusicherung kannte, in richtiger Beurteilung des Wesens der Zusicherung Rechnung.

Den Gegensatz zur Zusicherung bildet die Anpreisung. Diese soll den Käufer zum Abschluß des Vertrages bestimmen, indem sie ihm die Vorteile eines solchen vor Augen führt. Bei der Bestimmung des Inhalts des Vertrages kommt sie aber nicht in Betracht. Deshalb können aus ihr auch keine Ansprüche mit der Vertragsklage geltend gemacht werden.

Entsprechend dem früheren Recht tragen also alle Angaben über Eigenschaften der Kaufsache, die der Verkäufer lediglich zur Empfehlung oder zwecks Erzielung eines größeren Gewinnes macht, den Charakter unverbindlicher Zusicherungen an sich. Als solche können sie vielleicht aus dem Gesichtspunkt des unerlaubten Wettbewerbes,[20]) der unerlaubten Handlung oder der arglistigen Täuschung Bedeutung gewinnen. Als rechtswirksame Zusicherungen aber kommen sie nicht in Frage. Denn sie lassen einmal das Moment der Ernstlichkeit, die Voraussetzung jeder eine Verpflichtung erzeugenden Willenserklärung, vermissen. Sie sind auch in den meisten Fällen zu unbestimmt, um den Inhalt der Zusicherung und den Umfang der aus ihr entspringenden Haftung zu umgrenzen. Zusagen also, wie: „der Ofen ist gut“, „der Stoff ist das Beste, was auf diesem Gebiete existiert, er ist von jahrelanger Haltbarkeit“, „die Hutfasson ist durchaus modern und neu“, „das Geschäft ist das bestrenommierteste am Platz“ und ähnliche, werden, sofern nicht besondere Umstände eine gegenteilige Annahme rechtfertigen, grundsätzlich als bloße Lobeserhebungen und darum unverbindliche Angaben gelten müssen. Bei solchen Erklärungen geht der Mangel an Ernstlichkeit zumeist daraus hervor, daß es überhaupt an einem objektiven Maßstabe für die Beurteilung ihres Inhaltes fehlt. Die Güte eines Ofens kann in gleicher Weise auf sein Aussehen,

[20]) Reichsges. v. 27. Mai 1896.

wie auf seinen Wert, seine Heizbarkeit usw. bezogen werden, die Haltbarkeit des Stoffes wird ebenso von dem Träger des Stoffes, von der Art des Tragens, seiner Verarbeitung u. dergl. abhängig sein.[21]) Auch eine Annonce, mit der ein Gegenstand als verkäuflich bekannt gemacht wird, pflegt nicht der Sitz für vertraglich bindende Erklärungen zu sein. Es wird darin vielmehr nur in der Regel zur Stellung von Offerten aufgefordert. Daher bedarf es weiterer besonderer Erklärungen, wenn Anpreisungen in Zeitungsanzeigen, Prospekten usw. zu dem Range vertragsmäßig begehrter und gegebener Zusicherungen erhoben werden sollen.[22])

Für die begriffliche Scheidung der Parteierklärungen in unverbindliche Anpreisungen und verpflichtende Zusagen geben die Grundsätze des Verkehrs unter Berücksichtigung von Treu und Glauben die maßgebenden Richtlinien.[23]) Es wird also eine Erklärung dann als bindende Zusage gelten müssen, wenn sie vom Käufer nach jenen Grundsätzen als ernstlich gemeint angesehen werden durfte. In dieser Hinsicht erscheint nachstehender Fall aus der Praxis des Reichsgerichts[24]) lehrreich: der Kläger hatte im Geschäfte des Beklagten von dessen Angestellten eine solide, gute Zimmerleiter von bestimmter Höhe gefordert und eine solche unter der Empfehlung einer „guten und soliden Patentleiter“ vorgewiesen erhalten. Nachdem der Angestellte sie vor den Augen des Klägers bestiegen, hatte Kläger sie für 7,50 ℳ gekauft, war aber bald nachher auf der obersten Stufe der Leiter mit derselben zusammengebrochen und hatte sich dabei beschädigt. Seine Schadensersatzansprüche hat das Reichsgericht entsprechend den beiden Vorinstanzen aus folgenden Gründen zurückgewiesen: „Das Berufungsgericht sei auf Grund von Gutachten zu

[21]) Vgl. Warneyer a. a. O. 1907, S. 67.
[22]) s. bes. O.L.G. Hamburg in Recht 1907 No. 607, 1422.
[23]) § 157 B.G.B.
[24]) E.R.G. 34, 214 ff.

der Überzeugung gelangt, daß die gekaufte Leiter nach dem angewendeten Konstruktionssysteme zwar solide gearbeitet, jedoch nicht geeignet sei, auf der obersten Leiter bestiegen zu werden. Der Sachverständige habe sich in seinem Gutachten dahin ausgesprochen, daß mit der Besteigung der obersten Stufe die Belastung der Stützen so geändert werde, daß dieselben einen Mann von normaler körperlicher Stärke nicht mehr sicher trügen. Dadurch sei der Unfall herbeigeführt. Kläger habe die Leiter für 7,50 ℳ gekauft, nachdem der Angestellte, der nach der eigenen Erklärung nur zehn Pfund leichter als dieser gewesen sei, vor seinen Augen bis oben hinauf gestiegen. Kläger konnte nicht erwarten, daß er für den gezahlten Preis eine ganz besonders zuverlässige Leiter erhalten würde oder daß im Geschäfte des Verkäufers besondere außergewöhnliche Erprobungen des Systems gemacht wären. Wenn er der Probe, welche vor seinen Augen gemacht worden sei, schlechthin traute, so habe er aus den Erklärungen des Angestellten des Beklagten nichts weiter ableiten können, als daß man solche Probe überhaupt gemacht und daß dabei ein Unfall nicht vorgekommen sei. Alles, was darüber hinausging, wie namentlich die Erklärung „das sei eine Patentleiter", seien allgemeine Anpreisungen gewesen und als solche auch für Kläger erkennbar. Habe jene Probe ein sicheres und zuverlässiges Ergebnis nicht geliefert, so sei der erlittene Schade als ein unglückliches Ereignis anzusehen, für das der Verkäufer nicht haftbar gemacht werden könne." Die Entscheidung erscheint durchaus zutreffend. Die Erklärung des Angestellten ist erfolgt auf die Frage des Käufers nach einer „guten und soliden Zimmerleiter". Einen besonderen Verpflichtungswillen läßt sie keineswegs erkennen, dazu ist sie vor allem zu unbestimmt. Auch die gemachte Probe und die Höhe des Preises lassen keinen anderen Schluß zu, als daß der Angestellte eine der Probe entsprechende Leiter verkaufen wollte und verkauft hat, nicht aber eine solche von außer-

gewöhnlicher Haltbarkeit. Es sprechen also bei der Beurteilung der rechtlichen Natur der Parteierklärungen wesentlich die Umstände mit, unter denen die Erklärungen gegeben wurden.

Was den Inhalt der Erklärung, die sich als Zusicherung charakterisieren soll, anlangt, so muß dieser Angaben tatsächlicher Art[25]) enthalten. Erklärungen, die lediglich einen Schluß auf eine Tatsache zulassen oder ein Urteil darstellen, kommen als „Zusicherungen" nicht in Betracht. Sie sind einerseits zu unbestimmt; andererseits werden sie in den meisten Fällen den Gewährleistungswillen des Verkäufers nicht erkennen lassen. Es genügt daher nicht, wenn A dem B erklärt, er habe von dritten Personen Mitteilungen erhalten, aus denen geschlossen werden könne, daß die zum Verkauf gestellten Aktien demnächst von 180 auf 200 steigen werden, oder daß der Verkäufer dem Käufer zusagt, seiner Meinung nach sei der zu verkaufende Ring aus echtem Gold und Käufer ihm daraufhin einen echt goldenen Ring bezahlt.[26])

§ 5.

Gegenstand der Zusicherung.

Gegenstand der Zusicherung soll nach dem Wortlaut des Gesetzes eine „Eigenschaft" der Kaufsache sein.

Wenn auch die Bestimmungen über die Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers im B.G.B. durchaus nachgiebiger Natur sind, die, wie die Denkschrift zum Entwurf des B.G.B.[1]) hervorhebt, durch Vereinbarung erweitert, beschränkt oder erlassen werden können, so kann man doch nicht sagen, daß jede vertragliche

---

[25]) Vgl. § 1 des R.G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896: Wer in öffentlichen Bekanntmachungen . . . unrichtige Angaben tatsächlicher Art macht . . .

[26]) E.R.G. in J.-W. 1899, S. 506; E.O.L.G. 8, 66: „Zustände tatsächlicher Art."

[1]) S. 61.

Erklärung über die Sache schlechthin inhaltlich die Bedeutung einer „Zusicherung“ habe und daß unter den „zugesicherten Eigenschaften“ gar nicht Eigenschaften im strengen Sinne des Begriffes zu verstehen seien, vielmehr allein in der Zusicherung das juristisch Wesentliche liege. Denn dann wären die Gesetzesworte „zugesicherte Eigenschaften“ nur eine Ausdrucksweise mangels einer anderen passenderen sprachlichen Bezeichnung des Garantieversprechens.[2]) Für eine solche Unterstellung liegt kein Grund vor. Sie findet auch nirgendswo eine Unterstützung. Gegen sie spricht vor allem der klare Wortlaut des Gesetzes und er hat bei der Gesetzesauslegung zunächst als bindend zu gelten[3])

Um die Zusicherung gegenstandlich zu bestimmen, wird man also von dem ursprünglichen Eigenschaftsbegriff ausgehen müssen. Zuvor aber sei hervorgehoben, daß als „zugesicherte Eigenschaft“ auch eine solche in Betracht kommen kann, auf welche der Käufer schon von Gesetzes wegen zu rechnen hat, sofern ihr Vorhandensein nur zugesichert wurde. Denn es liegt kein Grund vor, dem Käufer, der sich eine Eigenschaft, auf welche er schon ohnedies Anspruch hat, besonders versprechen läßt, um die erhöhten Folgen der Zusicherung zu erzeugen, diese zu versagen. Man wird also in der ausdrücklichen Bestellung und Zusicherung „keimfähiger“ Saatlupinen, „gutbeiniger“ Pferde, nicht die bloße Bezeichnung des Vertragsgegenstandes nach dem vorausgesetzten Gebrauche, sondern die rechtsverbindliche Zusicherung der betreffenden Eigenschaften zu erblicken haben.[4])

Unter einer „Eigenschaft“ versteht man zunächst ein Merkmal der Sache, das ihr eigen, eigentümlich ist, sie gegenüber anderen Sachen charakterisiert. Solche Merk-

[2]) Vgl. Staudinger, Kom., Anm. 4 Abs. 2 zu § 459 B.G.B.

[3]) Fischer in Fischer-Henle, a. a. O., Einl. S. XXVII.

[4]) Vgl. E.O.L.G. 16, 402; Staub, Kom. z. H.G.B., Anm. 32 zu § 377.

male sind die Größe, Farbe, Schwere, das Alter, der Inhalt usw. Die Summe dieser Merkmale macht das Wesen, die Natur der Sache aus. Ohne derartige Merkmale ist eine Sache undenkbar. Man kann darum mit dem Reichsgericht[5]) von „natürlichen“ Eigenschaften sprechen als von Merkmalen, die die Natur der Sache begründen, „der Sache an sich zukommen“. Die Begründung der Natur einer Sache darf aber nicht auf die Natur allein beschränkt bleiben. Denn dann entfielen als natürliche Eigenschaften alle jenen Merkmale, welche der Sache von Menschenshand beigebracht sind. Als natürliche Eigenschaften müssen darum außer den der Sache von der Natur verliehenen auch die zu ihrer Natur gehörigen gelten.

Nun wird eine Sache durch ihre Eigenschaften in verschiedener Weise beeinflußt: in guter oder in schlechter Weise. Demgemäß unterscheiden wir auch ihre Eigenschaften in gute und in schlechte. Ist die Sache gut, brauchbar, genießbar, so charakterisiert sie sich als normale, natürliche. Denn derartige positive Merkmale verlangen wir von jeder Sache, die ihrer natürlichen Bestimmung gerecht werden soll. Setzt sich die Sache dagegen aus schlechten Eigenschaften zusammen, ist sie unbrauchbar, ungenießbar, so wird sie fehler-, mangelhaft genannt. Gegenüber einer guten, positiven Eigenschaft stellt ein Fehler, ein Mangel etwas Negatives dar. Eine negative Natur der Sache ist aber schlechthin undenkbar. Deshalb können unter den Begriff der natürlichen Eigenschaften streng logisch nur die guten, positiven, nicht auch die schlechten, negativen Merkmale der Sache fallen. Wenn nun die guten, positiven Eigenschaften das normale Maß überschreiten, nennen wir sie Vorzüge der Sache. Einen Steinway-Flügel, ein Glas Fürstenberg-Bräu, eine Tasse aus der Cadinener Porzellan-

---

[5]) E.R.G. 52, 2; 59, 243.

manufaktur bezeichnet man für gewöhnlich als vorzüglich. Man kann aber die vorzüglichen Eigenschaften der genannten Sachen nicht zu ihren natürlichen rechnen; denn sie machen die Natur der Sache nicht aus, die Sache würde auch ohne sie bestehen.

In den oben genannten Stellen[6]) setzt nun das Reichsgericht die „natürlichen, der Sache an sich zukommenden" Eigenschaften in Gegensatz zu den sogenannten Verhältniseigenschaften. Daraus folgt, daß das Reichsgericht unter jenen natürlichen Eigenschaften nicht allein die guten, positiven Eigenschaften, sondern auch die schlechten, negativen und auf der anderen Seite die Vorzüge versteht. Nach dem oben ausgeführten ist aber die Bezeichnung der guten, der schlechten Eigenschaften und der Vorzüge als „natürliche" Eigenschaften zu eng.

Allen drei Arten der genannten Eigenschaften sind zwei Wesensmomente gemein: Sie wohnen der Sache bleibend inne und qualifizieren sie. In beiden Richtungen machen sie sich für jeden, der nach ihnen forscht, ebenmäßig bemerkbar. Man könnte sie darum „objektive Merkmale"[7]) nennen, Merkmale, die in der Sache selbst ihren Grund haben, wenn sie auch nicht immer das Wesen der Sache begründen, sondern zum Teil nur in gewissem Sinne zu ihrer Wesensbestimmung beitragen.[8]) Diese, in der Sache selbst liegenden, ihr immanenten Eigenschaften, die ungenau als „natürliche" Eigenschaften bezeichnet werden, kommen als Gegenstand der Zusicherung zunächst in Betracht.

---

[6]) Vgl. Anm. 5.

[7]) E.R.G. 21, 310; ebenso Hillebrandt a. a. O. S. 52 f.

[8]) Treffender als „natürliche, der Sache an sich zukommende" Eigenschaften erscheint die in neueren Entscheidungen des Reichsgerichts sich vorfindende Bezeichnung als „natürliche, der Sache bleibend innewohnende" Eigenschaften; vgl. E.R.G. in J.W. 1908, 549.

Außer diesen Eigenschaften kennt das praktische Rechtsleben noch andere eigenschaftsähnliche Umstände, die ebenso, wie jene Eigenschaften, die Sache charakterisieren und zu ihr in einer gewissen Beziehung stehen, denen aber die enge Zugehörigkeit zur Sache fehlt. Solche Umstände sind z. B.: die Leistungsfähigkeit und gewerbliche Verwendbarkeit einer Maschine, die Mietserträgnisse und Steuerverhältnisse eines Hauses, der Umsatz und die Kundschaft eines Geschäfts usw. Diese Umstände haben eins mit den in der Sache selbst liegenden Eigenschaften gemein: sie charakterisieren die Sache ebenso wie jene, indem sie für ihre Wertschätzung von Bedeutung und geeignet sind, auf den Kaufentschluß des Käufers einzuwirken. Sie lassen aber die enge, unmittelbare Verbindung mit der Sache vermissen; sie sind kein in der Sache selbst liegendes Merkmal, sondern stehen zur Sache nur in einem gewissen Verhältnis. Man könnte sie darum „Verhältniseigenschaften“ nennen, ein Ausdruck, der auch dem Reichsgericht geläufig ist, es spricht von „Verhältnissen, die in ihren Beziehungen zur Sache wurzeln“.[9])

Die Zusicherung derartiger wertbildender Umstände der Kaufsache stellt im Verkehrs- und Wirtschaftsleben etwas Alltägliches dar. Dem kann sich die Rechtsentwickelung nicht verschließen. Es ist auch bei der Natur der gesetzlichen Gewährschaftsvorschriften nicht abzusehen, warum bei der Zusicherung derartiger Verhältniseigenschaften die Parteiabrede nicht Geltung haben und die gleichen rechtlichen Folgen nach sich ziehen sollte, wie wenn sich die Zusicherung auf die absoluten, der Sache immanenten Eigenschaften bezieht, zumal im übrigen nach den Grundregeln des Gesetzes jedes Garantieversprechen abgegeben werden kann. Aus diesen Erwägungen rechtfertigt sich also die Gleichstellung der Verhältnis- mit den

[9]) E.R.G. Bd. 21, 310.

Merkmalseigenschaften.[10]) Aufgabe der folgenden Abhandlung wird es sein, den Begriff „Verhältniseigenschaft“ näher zu bestimmen.

„Verhältnis“ bedeutet grundsätzlich das Sichverhalten, die wechselseitige Beziehung von Dingen. Übertragen bezeichnet man damit das aus solchen Beziehungen für die Sache folgende Resultat. Ebenso wie die wechselseitige Beziehung kann das Resultat auf natürlichem oder auf juristischem Gebiete liegen. Demnach unterscheidet man zwei Arten von Verhältnissen: tatsächliche und rechtliche. Beide gleichzustellen erscheint sowohl sachlich wie logisch berechtigt. Denn ihr Erfolg für die Charakterisierung der Sache ist der gleiche. Es kommen also als Verhältniseigenschaften die Baureife eines Grundstückes, die Belastung einer Sache mit einem Pfandrecht, das Recht, die Bebauung des Nachbargrundstückes zu verbieten, ebenso in Betracht, wie die oben genannten tatsächlichen Verhältnisse, z. B. die Leistungsfähigkeit einer Maschine.

Wie muß nun die Beziehung des Verhältnisses zum Objekt beschaffen sein, um eine Verhältniseigenschaft zu sein? Die Antwort hierauf gibt uns der oben gezeichnete Begriff „Verhältnis“.

Von einem Sichverhalten eines Sachfaktors zu einem anderen Faktor kann nur dann die Rede sein, wenn eine unmittelbar von der Sache ausgehende Beziehung zum Gegenstand der Beurteilung der Sache gemacht wird. Ebenso besteht nur dann die Möglichkeit, aus einer solchen Beziehung einen Schluß auf die Sache selbst zu ziehen, wenn sie direkt von der Sache ausgeht. Andernfalls entfällt jeder Maßstab ihrer Qualifizierung.

---

[10]) Vgl. E.R.G. in J.W. 1905, S. 389; in Recht 1907, S. 1317, No. 3287; E.R.G. 67, 88 ff., wo die analoge Anwendung der Gewährschaftsvorschriften auf Vermögensgegenstände unkörperlicher Natur, wie ihn z. B. ein Handelsbetrieb, ein Geschäftsbetrieb, der feste Kundenkreis eines Geschäfts darstellen, für zulässig erklärt wird.

Die Forderung, daß sich das Verhältnis unmittelbar auf die Sache beziehen muß, erscheint auch aus sachlichen Gründen berechtigt. Mag das Bestreben des Verkehrslebens noch so sehr dahin gehen, den Eigenschaftsbegriff zu erweitern, so muß diese Entwickelung doch immer im Anschluß an den grundlegenden Eigenschaftsbegriff sich vollziehen und in den wesentlichen Bestandteilen dieses ihre Grenze finden. Das Verhältnis, das Eigenschaft sein soll, muß also in Anlehnung an den oben gezeichneten engen Begriff der Eigenschaft nicht allein die Sache charakterisieren, sondern zu ihr auch in einer so engen Beziehung stehen, daß es ihr eigen erscheint. Eigen erscheint es ihr aber nur dann, wenn diese Beziehung unmittelbar von der Sache ausgeht.

Eine solche unmittelbare Beziehung zwischen Verhältnis und Objekt findet z. B. statt bei dem Kaufgrundstück und den in seinem Betriebe erzielten Einnahmen, den von ihm bisher entrichteten Steuern und Abgaben, ferner zwischen einem Geschäft und dem aus ihm gezogenen Umsatz, der Höhe seiner Brandversicherung, der Höhe des Reinverdienstes usw. Alle diese Verhältnisse wird man also als Eigenschaften behandeln können.[11]) Die Zusicherung, daß solche Einnahmen erzielt und solche Beziehungen vorhanden sind, ist danach als Zusicherung einer Eigenschaft anzusehen und sie verpflichtet den Zusichernden zur Gewährung einer in einem solchen Zustande befindlichen Kaufsache. Für die geringeren Erträgnisse, die höheren Abgaben usw. haftet Verkäufer aus der Zusicherung.

Nicht eine unmittelbare, sondern nur eine mittelbare Beziehung zwischen Verhältnis und Objekt findet z. B. statt zwischen der schlechten Beschaffenheit der Grubenfelder und Erze einer Bergwerksaktiengesellschaft und deren Aktien. Denn erst in zweiter Linie wird eine Beziehung zwischen jenen Mängeln und den Aktien hergestellt,

---

[11]) Warneyer, Jahrb., 1907, S. 67; E.R.G. in J.W. 1903, Beil. S. 68.

indem nämlich mit dem Papiere auch das Recht gekauft wird. Man wird darum dem Reichsgericht unbedenklich zustimmen können, wenn es sagt,[12]) jene Mängel seien keine Sachmängel der Aktien. Ebenso kann die Zusicherung, daß die für die verkaufte Gastwirtschaft bisher erteilte Wirtschaftskonzession auch dem neuen Käufer werde erteilt werden, nicht als Zusicherung einer Eigenschaft gelten. Denn die Konzessionserteilung findet nicht generell für das Grundstück, sondern stets nur an eine bestimmte Person statt. Es fehlt also an der unmittelbaren Beziehung zwischen Konzession und Grundstück. Eine solche wäre indes dann vorhanden, wenn die Versagung der Konzession auf mangelnden Eigenschaften des Grundstücks beruhen würde.[13]) Auch die garantierte Bezugsmöglichkeit der Bilder für das verkaufte Panorama von einer bestimmten Firma stellt sich nicht als Zusicherung einer Eigenschaft dar.[14])

Eigenschaftsqualität wohnt auch dem Werte, dem Preise einer Sache nicht inne — eine in der Literatur und Rechtsprechung lebhaft bestrittene Frage.[15]) Zum Werte, zum Preise einer Sache, mag man ihn das Verhältnis der Sache zum Gelde oder das in Geld ausgedrückte Ergebnis der Schätzung der Sache nennen, gelangt man erst auf dem Wege eben dieser Schätzung. Für diese sind maßgebend sowohl die wertbildenden Eigenschaften der Sache, wie die Lage auf dem Markte und die besonderen Umstände des einzelnen Geschäfts, z. B. Liebhaberinteresse an der Sache. Zwischen dem Werte, dem Preise einerseits und der Kaufsache andererseits besteht also keine unmittelbare Beziehung, die Verbindung zwischen beiden wird vielmehr erst durch die Wertschätzung hergestellt. Der Wert, der Preis (Verkehrswert, Markt-,

[12]) E.R.G. 59, 243.
[13]) E.R.G. in J.W. 1902; Beil S. 213.
[14]) E.R.G. in J.W. 1902; Beil S. 213.
[15]) Vgl. die bei Hillebrandt a. a. O. S. 75 angeführten Stellen.

Einkaufspreis) sind also keine von der Sache unmittelbar ausgehenden Verhältnisse und darum keine Eigenschaften der Sache.[16])

Ob ein vorliegendes tatsächliches oder rechtliches Verhältnis unmittelbar oder nur mittelbar Beziehung zu der Sache hat, wird nicht immer leicht zu entscheiden sein. Ausschlaggebend wird die wirtschaftliche Einwirkung, die Wertbestimmung, sein müssen. Ein Verhältnis, das in dieser Richtung die Sache beeinflußt, wird auch dann als Sachmerkmal erscheinen, wenn es diesen Einfluß nur auf dem Wege mittelbarer Beziehung äußert. Der Erwerber einer Gastwirtschaft, dem zugesichert worden ist, daß auch ihm die bisher erteilte Wirtschaftskonzession werde erteilt werden, wird in der Aussicht, die Wirtschaftskonzession zu erhalten, die wesentlichste Charakterisierung der Kaufsache sehen, obgleich er weiß, daß die Konzessionserteilung erst in zweiter Linie von der Beschaffenheit der Kaufsache abhängig ist. Darum sagt das Reichsgericht[17]) mit Recht, es sei für die Annahme einer Eigenschaft bei tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen der Sache wesentliches Erfordernis, daß letztere auch „für die Wertbildung der Sache maßgebend“ seien. In dieser Richtung finden wir schon in einem Erkenntnisse des früheren preußischen Obertribunals vom 7. September 1868[18]) die Ansicht vertreten, daß unter dem Begriffe „Eigenschaft“ „nicht nur ein der Sache objektiv und unter allen Voraussetzungen anklebendes Merkmal“ zu verstehen sei, sondern auch „der Mietsertrag eines Hauses, der einen wesentlichen Faktor für die Wertsermittelung abgebe“. Diese Ansicht erkannte auch die preußische Doktrin allgemein an.[19]) Gerade der steigende Einfluß des Wertes und der ihn bildenden

[16]) Ebenso E.R.G. 61, 86; 64, 269; in Seuff. Arch. 61, 433; in J.W. 1906, 378; vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht I S. 485; Endemann, Lehrb., I, S. 340; Enneccerus, Lehrb., I, S. 367.

[17]) E.R.G. 64, 269.

[18]) Abgedr. in Gruchot, Beitr., 13, 519.

[19]) Vgl. die in E.R.G. 21, 311 angeführten Stellen.

Faktoren waren es, die eine entscheidende Bedeutung auf die Erweiterung und Verflachung des engen Merkmalseigenschaftsbegriffes ausgeübt haben. Die Forderung, Verhältnisse zu Eigenschaften zu erklären, stellt sich eben in erster Linie als Forderung der durch das gesteigerte Wirtschaftsleben bedingten erhöhten Wertschätzung der Dinge. Daraus entsteht die Notwendigkeit, nur solche von der Sache unmittelbar ausgehende Verhältnisse als Eigenschaften zu erklären, die, wie die oben genannten, nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung der Dinge zu üben pflegen. Denn nur so wohnt ihnen die nötige Bedeutung für die Sache inne und charakterisieren sie die Sache entweder generell oder im Sinne des betreffenden Rechtsgeschäftes.

Wenn demgegenüber Hillebrandt[20]) einerseits sagt, der Ausdruck „Wertschätzung", an dem hier in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht der Einfluß des Verhältnisses auf die Sache gemessen wird, sei „zu farblos und unbestimmt", er andererseits[21]) aber auf dem Standpunkt steht, daß Verhältnisse, denen die „nötige Bedeutung" für die Sache mangelt, keine Eigenschaften der Sache sind, so widerspricht er sich in gewisser Hinsicht selbst. Denn wie anders kommt die Bedeutung des Verhältnisses für die Sache zum Ausdruck, als auf dem Wege der Schätzung? Zudem bejaht auch Hillebrandt[22]) den Einfluß des Verhältnisses auf den Wert der Sache.

Zu weit geht hinwiederum Eneccerus[23]) der von Verhältnissen redet, die für die Wertschätzung „oder Brauchbarkeit" der Sache in Betracht kommen können. Denn die „Brauchbarkeit der Sache" stellt nur einen der zahlreichen wertbildenden Faktoren dar; sie wird von dem Begriff „Wertschätzung" mit umschlossen.

[20]) a. a. O. S. 81.
[21]) a. a. O. S. 84.
[22]) a. a. O. S. 82.
[23]) a. a. O. Bd. I S. 847.

Als Ergebnis dieser Untersuchung kommen also als Gegenstand der Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 B.G.B. in Betracht: einmal die in der Sache selbst liegenden Merkmale, sodann solche von der Sache unmittelbar ausgehende tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse, die nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache in allen oder doch in gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen. Eine Betonung, daß das Verhältnis zufolge seiner Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache üben müsse,[24]) erscheint, wie gesagt, mit Rücksicht auf die große Zahl der wertbildenden Faktoren überflüssig.

Nach der Bestimmung des § 459 Abs. 2 B.G.B. ist die Haftung für das Vorhandensein der „zugesicherten Eigenschaften" auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges gestellt. Daraus ergibt sich aber nicht, daß die Zusicherung lediglich auf eine zukünftige Eigenschaft der Kaufsache sich beziehen kann. Vielmehr folgt aus der Vorschrift des § 463 Satz 1 B.G.B., nach welcher der Käufer, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, wahlweise die Gewährleistungsansprüche erheben oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, daß der Ausdruck des § 459 B.G.B. „zugesicherte Eigenschaft" zunächst von solchen Eigenschaften zu verstehen ist, die als zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden zugesichert wurden, also von den gegenwärtigen Eigenschaften. Die Wirkung der Zusicherung solcher gegenwärtiger Eigenschaften ist aber, daß Verkäufer für ihr Vorhandensein nicht schon zur Zeit des Vertragsschlusses, sondern zur Zeit des Gefahrüberganges Gewähr schuldet. Es entsteht also dem Käufer daraus, daß die Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses nicht vorhanden ist, kein Recht. Überliefert Verkäufer die

[24]) Vgl. E.R.G. 61, 86.

Sache demnächst mit der zugesicherten Eigenschaft, so hat er seiner Gewährleistungspflicht genügt und Käufer hat alles, was er auf Grund der Zusicherung beanspruchen kann. Hat aber Käufer Kenntnis davon, daß die als zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache mangelt, so schließt ihn § 460 B.G.B. mit seinen Ansprüchen aus; aber nur im Falle der Kenntnis, nicht dagegen wenn er die Kaufsache zu untersuchen — grobfahrlässig — unterlassen hat oder der Mangel ein in die Augen springender war.

Der Umstand, daß aus dem Wortlaut des Gesetzes unmittelbar nur die Zusicherung gegenwärtiger und zukünftiger Eigenschaften hergeleitet werden kann, steht nicht entgegen, den Begriff „zugesicherte Eigenschaften" auch auf vergangene Tatsachen und Verhältnisse zur Anwendung zu bringen. Eine solche Erweiterung der gesetzlichen Vorschriften rechtfertigt sich aus der Natur der gesetzlichen Gewährschaftsvorschriften überhaupt. Es steht nichts im Wege, den auf den Zustand der Sache zur Zeit des Gefahrüberganges gestellten Zeitpunkt der Haftung vertragsmäßig anderweit zu bestimmen.[25]) Das hat das Reichsgericht schon in seiner auf das frühere Recht gegründeten Rechtsprechung angenommen.[26]) Es können also die in der Vergangenheit erzielten Mietpreise, ferner die Erträgnisse, die die Kaufsache während eines zurückliegenden Zeitraumes abgeworfen hat, der erzielte Bierumsatz, die Zahl der von einem Apotheker alljährlich gefertigten Rezepte und dergl. als „zugesicherte Eigenschaften" in Betracht kommen. Hierbei wird es namentlich darauf ankommen, ob die Angaben über den früheren Zustand dessen Fortwirken in der Zukunft unter

[25]) E.O.L.G. 8, 66.

[26]) E.R.G. 21, 311; in Seuff. Arch. 40, 155 ff., in J.W. 1896 S. 323; 1897 S. 581 No. 56; unter der Geltung des B.G.B. vgl. E.R.G. 52, 2 f., in J.W. 1905, 389; 1908, 549. Vgl. auch: E.O.L.G. 12, 56.

gleichbleibenden Verhältnissen annehmen lassen. Wenn also der Verkäufer eines Geschäfts dem Käufer auf dessen Frage nach dem Geschäftsumsatz entgegnet, das Geschäft habe in den letzten drei Jahren 18 000, 20 000 und 22 000 ℳ Umsatz erzielt, und Käufer es dann für den geforderten Preis ersteht, wird ersterer dem Käufer zweifelsohne aus einer Zusicherung haften. Denn seine Angaben sind geeignet, den Käufer auf den für die Zukunft zu erwartenden Umsatz einen Schluß ziehen zu lassen. Letztere Möglichkeit würde aber dann entfallen, wenn der zusichernde Verkäufer seinen Angaben hinzugefügt hätte, das Geschäft sei in den letzten sechs Monaten zurückgegangen. Denn damit hätte Verkäufer zum Ausdruck gebracht, daß der Geschäftsumsatz zur Zeit des Vertragsschlusses dem früher erzielten nicht mehr entsprochen habe. In diesem Falle wären also die Angaben des Verkäufers als Zusicherung über den Ertrag des Geschäftes nicht aufzufassen.[27])

Ebenso wie im Falle der Zusicherung gegenwärtiger Eigenschaften wird auch hier der Käufer, wenn ihm die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers über die zugesagten in der Vergangenheit liegenden Tatsachen und Umstände zur Zeit des Vertragsschlusses bekannt ist, durch § 460 B.G.B. mit seinen Ansprüchen aus der Zusicherung ausgeschlossen. Es fragt sich nun, wie hinsichtlich dieser Frage die Fälle der Zusicherung zukünftiger Eigenschaften zu beurteilen sind? Die Vorschrift des § 460 B.G.B. scheint dem Käufer, der die Mängel kennt, die Ansprüche aus der Zusicherung zu nehmen, die Zusicherung also keine den Regeln des Gewährleistungsrechts unterstehende zu sein.

Um zu dieser Frage Stellung zu nehmen, wird man nach dem speziellen Inhalt der Zusicherung zwei Fälle unterscheiden müssen: hat der Verkäufer nach dem

---

[27]) E.R.G. in J.W. 1905, 389; 1908, 549.

Inhalt der Abrede ausdrücklich die Herstellung der betreffenden Eigenschaft versprochen oder ging der Wille der Parteien dahin, den Verkäufer für die zukünftige Eigenschaft ebenso Gewähr schulden zu lassen, wie bei der Zusicherung einer gegenwärtigen Eigenschaft?

Erstere Abrede würde trotz der Möglichkeit der willkürlichen Abänderung der Gewährleistungsvorschriften durch die Parteien vollkommen aus dem Rahmen des Gewährleistungsrechtes herausfallen. Das Gesetz bietet nicht den geringsten Anhalt dafür, daß eine analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften in einem derartigen Fall, in dem es sich um ausdrückliche Übernahme einer besonderen Herstellungspflicht handelt, statthaben könnte.[28]) Eine Zusicherung also, daß das Kaufgrundstück eine bestimmte Zeit nach erfolgter Auflassung und Übergabe in geschlossener Bauweise werde überbaut werden können oder daß es an einer erst zu errichtenden Straße werde zu liegen kommen, kann als „zugesicherte Eigenschaft des Grundstücks" nicht in Frage kommen. Ein so beschaffenes Versprechen bildet vielmehr den Gegenstand eines besonderen Neben-, Garantievertrages, der völlig anderen Regeln folgt, als denen der §§ 459 ff. B.G.B. In einem solchen Falle stände also dem Käufer lediglich eine Klage auf Leistung oder auf das Interesse der Nichterfüllung zur Seite; Wandelung oder Minderung könnte er bei Übernahme einer Herstellungspflicht nicht verlangen.[29])

Auch die Zusicherung, daß eine zur Zeit des Gefahrüberganges vorhandene Eigenschaft in Zukunft fortdauern werde, bildet den Gegenstand eines besonderen Garantievertrages und untersteht den Vorschriften der §§ 449 ff. B.G.B. hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche nicht. Um eine solche Zusicherung handelt es sich, wenn

[28]) Ebenso Motive II, 226.

[29]) Eccius in Gruchot 43, 310; E.R.G. in J.W. 1906, 712 f.; in Seuff. Arch. 62, 7; in Bad. Rechtspr. 1907, 10. A. M.: E.O.L.G. 12, 56.

beim Verkauf eines Grundstückes zugesichert wird, für die Straße, an der das Grundstück liegt, sei geschlossene Bauweise vorgeschrieben, oder wenn vertraglich versprochen wird, daß der — zur Zeit des Gefahrüberganges schon in Angriff genommene — Umbau des verkauften Hauses den Bedürfnissen des Käufers entsprechend werde vollendet werden.[30])

Es werden aber Fälle vorkommen, in denen der Verkäufer eine zukünftige Eigenschaft der Kaufsache zusichert, ohne für ihr Vorhandensein eine besondere Herstellungspflicht zu übernehmen. Man denke z. B. an den Fall, daß ein rissiges Kunstwerk verkauft wird mit der ausdrücklichen Abrede, bei der Übergabe würden die vorhandenen Risse beseitigt sein. Hier wird einerseits Käufer, dem an dem Kunstwerk sehr viel liegt, auf eine besondere Übernahme der Herstellungspflicht durch den Verkäufer nicht dringen, da er Gefahr liefe, daß dieser dann nicht auf den Vertrag einginge. Käufer will aus der Zusage nur die Möglichkeit herleiten, eventuell eine kleine Preisminderung zu erlangen. Andererseits liegt es dem Veräußerer des Kunstwerkes fern, sich über die gesetzliche Mängelhaftung hinaus zu verpflichten, da er damit rechnen muß, daß die Erfüllung seiner Zusage mit Rücksicht auf das Ganze vielleicht nicht möglich sein werde. In einem solchen Falle, in dem die Vertragsteile lediglich die gesetzliche Haftung erweitern wollen, tritt sie auch ein, nur die Anwendung von § 460 B.G.B. bleibt ausgeschlossen.[31]) Der Käufer des Kunstwerkes könnte also bei Vorhandensein der Risse im Zeitpunkt des Gefahrüberganges seiner Absicht gemäß Preisminderung begehren.

Schollmeyer[32]) will in einem solchen Falle nur die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung gegenseitiger Ver-

---

[30]) E.R.G. in Warn. Rechtspr. 1909, No. 201.

[31]) Ebenso Eccius in Gruchot, Bd. 43, S. 311 f.

[32]) in Iherings Jahrb. 49, 119 ff.

träge zur Anwendung gebracht wissen, weil weder die Vorschriften über Gewährleistung beim Kauf, noch diejenigen des Werkvertrages wegen der Kenntnis des Käufers von dem Mangel anwendbar seien. Diese Ansicht erscheint nicht zutreffend. Denn es stände den Grundsätzen von Treu und Glauben entgegen, wenn sich der Verkäufer auf die Kenntnis des Käufers, die doch die Voraussetzung seiner Zusicherung gewesen, berufen wollte, um den Folgen der Zusicherung zu entgehen. Deswegen kann man mit Eccius[33]) meinen, daß mit der Abgabe und Annahme der Zusicherung in Kenntnis des Mangels die Parteien die Anwendung des § 460 B.G.B. ausgeschlossen haben.

§ 6.

Begründung und Form der Zusicherung.

Als vertragliches Versprechen kann die Zusicherung einer Eigenschaft zunächst durch ausdrückliche mündliche oder schriftliche Abmachung erfolgen. Da das Gesetz aber eine ausdrückliche Zusicherung nicht vorschreibt, muß auch eine stillschweigende Zusicherung für hinreichend erachtet werden. Stillschweigend gilt eine Eigenschaft dann als zugesichert, wenn ein Verhalten der Parteien vorliegt, das nach den Anschauungen des Verkehrs und der Lebenserfahrung auf einen dahin gehenden Geschäftswillen schließen läßt. Danach wird man in der Bestellung und Lieferung von Sommerweizen, Saatkartoffeln, Einlegeobst die stillschweigende Zusicherung der betreffenden Eigenschaften des Weizens, der Kartoffeln und des Obstes erblicken können.[1]) Ebenso wird beim Kauf nach einem allgemein versandten Prospekte der Urheber desselben die angekündigte Art und Brauchbarkeit der Ware dann gegen sich gelten lassen müssen, wenn er nach Eingang der Bestellung dem Besteller nicht das Gegenteil erklärt.[2])

[33]) a. a. O., 310.
[1]) E.O.L.G., 8, 68.
[2]) E.R.O.H.G. 21, 196 f.

Auch die Umstände des Kaufes können die Annahme einer stillschweigenden Zusicherung zulassen. Wenn z. B. A bei B einen „goldenen Brillantring“ für 2000 Mark bestellt, so werden ohne Zweifel die Eigenschaften der Echtheit des Ringes wie des Steines als zugesichert gelten müssen, nicht dagegen die Echtheit einer „Sèvres Vase“, wenn deren Preis weit eher dem Werte einer Imitation, als dem eines Orginals entspricht.[3])

In Rücksicht auf die erhöhten rechtlichen Folgen der Zusicherung wird man jedoch mit der Annahme stillschweigender Zusicherungen nicht zu weit gehen dürfen.[4]) Man wird also z. B. im Handel mit alten Kunstwerken und Antiquitäten den Verkäufer ohne ausdrückliche Zusicherung billigerweise nicht für die Echtheit in dem Sinne haften lassen, daß das Werk gerade von dem Meister herrührt, dem man es zuschreibt.[5])

Die eine Zusicherung begründende Erklärung wird in der Regel bei Vertragsschluß gegeben werden. Ist eine Zusage im Laufe der Vorverhandlungen gemacht worden, so wird sie nur dann als bindend gelten, wenn sie bei Vertragsschluß wiederholt wurde. Denn erst dann wird sie Vertragsbestandteil.[6]) Der Käufer also, der den Verkäufer nach der Leistungsfähigkeit des zum Verkauf gestellten Motors befragt und dahin beschieden wird: „der Motor leiste 14 Pferdestärken“, wird den Verkäufer nur dann aus seiner Angabe in Anspruch nehmen können, wenn er auf die zugesagte Leistungsfähigkeit hin den Motor ersteht.

Auch nach Abschluß des Kaufvertrages gegebene Zusagen werden als „Zusicherungen“ in Frage kommen können, wenn sie nämlich als zusätzliche Kaufbedingung vereinbart worden sind.[7]) Denn eine außerhalb des Ver-

[3]) E.R.G. in D.J.Z. 1904, 512; in J.W. 1903, Beil. S. 57.
[4]) Hierüber Schneider im Recht 1903, S. 522.
[5]) Seuff. Arch. 65, 181.
[6]) A. A. Epping a. a. O. S. 14, Ehrlich a. a. O. S. 34.
[7]) E.R.G. 54, 222; in J.W. 1908, 36.

trages stehende Erklärung fällt nicht unter den Begriff der „Zusicherung".

Als Teil des Kaufvertrages bedarf die Zusicherung grundsätzlich derselben Form wie dieser. Bei einem Kaufvertrage mit gesetzlich gebotener Form wird also die Zusicherung von dieser Form umschlossen. Zusicherungen der Bebaubarkeit, der Schwammfreiheit von Grundstücken gelten also grundsätzlich nur dann als rechtswirksam, wenn sie gerichtlich oder notariell abgefaßt sind.[8])

Nun wird nach der Vorschrift des § 313 Satz 2 B.G.B. ein formlos geschlossener Vertrag über ein Grundstück seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Durch die nachträgliche Auflassung und Eintragung wird also der Formmangel geheilt und der nichtige Vertrag gültig. Es fragt sich nun, ob von dieser nachträglichen Heilung der Formlosigkeit auch die Zusicherung ergriffen wird? Diese Frage ist in der Rechtsprechung nicht unbestritten. Das Oberlandesgericht Kiel bejaht sie ohne Einschränkung.[9]) Es sagt: „die Zusicherung trage die Fähigkeit in sich, durch die Vollziehung des Vertrages (Auflassung und Eintragung) gültig zu werden, eine Fähigkeit, die einerseits nicht durch eine Willensänderung des Verkäufers zerstört werden könne, andererseits den Käufer hindere, die Nichtigkeit des ganzen Vertrages geltend zu machen." Nicht so weit geht eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 20. April 1906,[10]) in der es heißt: die Zusicherung über den Brandkassenwert sei zwar nicht in die notarielle Vertragsurkunde aufgenommen, allein die Vermutung, daß die Vertragsurkunde, den Parteiwillen

---

[8]) So die herrschende Meinung: E.R.G. 63, 110 ff.; in J.W. 1902, Beil. S. 247; 1903, Beil. S. 124; Eccius in Gruchot, 43, 309, A. A. Dernburg, Bürgerl. R., Bd. II, Abt. 2, S. 51, No. III, „weil Treue und Glaube die Berücksichtigung der neben dem formgerechten Vertrage mündlich gemachten Zusicherung fordere".

[9]) Abgedruckt in E.R.G., 52, 3.

[10]) E.O.L.G. 13, 411.

vollständig und endgültig zusammenfasse und festlege, sei widerlegbar. Im fraglichen Falle sei aus den Umständen, nämlich einerseits aus der Bedeutung, die der Kläger durch seine Anfrage erkennbar jenem Werte beilegte, andererseits weil er die bloße mündliche Zusicherung des objektiv feststehenden und leicht zu ermittelnden Wertes für genügend sicher ansehen konnte und durfte, zu entnehmen, daß er auch bei und nach der schriftlichen Beurkundung des Vertrages an der mündlichen Zusicherung festgehalten habe.“ Diese Ansicht erscheint zutreffend. Gleichgültig ist es zunächst, ob lediglich die zugesicherte Erklärung oder auch der ihr zugrunde liegende Kaufvertrag der gesetzlich gebotenen Form entbehrt. Denn die zugesicherte Eigenschaft braucht, wie oben ausgeführt, auf den Vertrag keinen Einfluß in dem Sinne ausgeübt zu haben, daß er ohne sie nicht zustande gekommen wäre.[11]) Die Vorschrift des § 139 B.G.B., wonach die Formlosigkeit von Vertragsbestandteilen die Nichtigkeit des formell gültigen Vertrages herbeiführen kann, würde also nicht durchgreifen. Bei der Auslegung eines formell geschlossenen Vertrages hat man grundsätzlich davon auszugehen, daß in der Vertragsurkunde der endgültige Wille der Parteien seinen Ausdruck findet, so daß alle bei den Verhandlungen über den Vertrag gemachten Angaben, die nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen sind, als aufgegeben gelten, sofern nicht besondere Umstände eine gegenteilige Annahme rechtfertigen. Als solcher Umstand kommt zweifellos in Frage eine Zusicherung, bezüglich deren im Zeitpunkt der Auflassung unter den Parteien Willensübereinstimmung besteht. Denn auch bei formell ungültigem Vertrage bezieht sich die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung lediglich auf den Bestand des Vertrages im Zeitpunkt der Auflassung. Es wird also die Formlosigkeit nur solcher zugesicherter Grundstückseigenschaften

[11]) E.R.G. in J.W. 1897, 177.

durch die Vollziehung des Vertrages gemäß § 313 Satz 2 B.G.B. geheilt werden, die auch noch im Zeitpunkte der Auflassung des Grundstücks als zugesichert gelten können. Die Umstände, die eine derartige Annahme zulassen, hat der die Zusicherung behauptende Käufer darzutun.[12]) Eine generelle Vermutung für das Fortbestehen des Einverständnisses bei gegebener Zusicherung vor oder zur Zeit des Vertragsschlusses anzunehmen, erscheint nicht angängig.[13]) Dagegen wird Käufer bei behaupteter formloser Zusicherung nach Vertragsschluß lediglich das ergänzende mündliche Abkommen nachzuweisen haben.

Im einzelnen Falle steht es den Parteien natürlich frei, besonders zu vereinbaren, daß gewisse Zusicherungen in den formellen Vertrag nicht aufgenommen werden. Bei einer solchen Vereinbarung begibt sich aber der Käufer seiner Ansprüche aus dem Vertrage. Es stehen ihm dann also lediglich im Falle arglistig erteilter Zusicherung Ansprüche, und zwar die Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung, zur Seite.[14])

§ 7.

Die rechtliche Tragweite der Zusicherung.

Die rechtliche Tragweite der Zusicherung wird zunächst durch ihren speziellen Inhalt bestimmt. Ob dieser sich auf Eigenschaften bezieht, die für den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache von Bedeutung oder nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen erheblich sind oder ob der Inhalt der Zusicherung überhaupt ein vernünftiges Interesse enthält, unterliegt keiner Nachprüfung. Dem Käufer kann sehr wohl daran gelegen sein, einen dreibeinigen Stuhl, einen elfenbeinernen Schlüssel, einen blauen Frack

---

[12]) E.R.G. 51, 172; 52, 4 f.; 56, 50; Warn. Rechtspr. 1902, 74; 1909, No. 80.

[13]) A. A. E.R.G. in J.W. 1909, 191.

[14]) §§ 823, 826 B.G.B., vgl. E.R.G. in J.W. 1910, 111.

zu erwerben. Ob das vernünftig erscheint, hat der Richter nicht zu beurteilen, sofern nur die Ernstlichkeit der Zusicherung feststeht.

Bei Auslegung des Inhalts der Zusicherung greifen die allgemeinen Auslegungsgrundsätze[1]) platz. Man hat also in erster Linie die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr zu berücksichtigen. Danach wird man den Verkäufer „garantiert reinen Weines", wenn der Wein einen vom Gesetze[2]) gestatteten Zusatz oder Aufguß von Zucker enthält, eine Gewähr nicht können schulden lassen. Denn die Bezeichnung „reiner Wein" erscheint nicht geeignet, in dem Käufer die Annahme hervorzurufen, daß nicht einmal ein gesetzlich gestatteter Zusatz gemacht sei.[3])

Für die Auslegung einer eine Zusicherung abgebenden Erklärung erscheint auch folgende Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 17. März 1905[4]) von Bedeutung: Beklagter hatte dem Kläger, einem Fleischer, einen Laden unter der Zusage „für Fleischer konkurrenzlos" vermietet und bald darauf einen Nebenladen an einen Roßschlächter vermietet. Daraufhin hatte Kläger seinen Laden fristlos gekündigt und er nimmt den Beklagten wegen der Zusicherung auf Schadensersatz in Anspruch. Das Oberlandesgericht führt nun als Berufungsinstanz folgendes zu Recht aus: „In der Bezeichnung des Ladens als »für Fleischer konkurrenzlos« liege die Zusicherung einer Eigenschaft der Mietsache. Der damit bedingte Gebrauch sei der vertragsmäßige, ein solcher sei beim Mangel der Eigenschaft nicht gewährt. Das begründe das Recht des Mieters zur fristlosen Kündigung gemäß § 542 B.G.B., zum mindesten hier, wo Beklagter selbst den Wegfall der Zusage veranlaßt habe. Die Frage, ob dem Kläger als einem selbstschlachtenden und mit den üblichen Waren handelnden

[1]) §§ 157, 242 B.G.B.

[2]) R.G. vom 14. V. 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen.

[3]) E.O.L.G. 10, 175.

[4]) Abgedruckt in E.O.L.G. 11, 139 f.

Fleischer durch den Roßfleischverkauf im Nebenladen Konkurrenz geschaffen, sei unbedenklich zu bejahen. Das gelte zunächst zweifellos wegen der Nachbarschaft der Verkaufsräume. Ferner unterliege es keinem Zweifel, daß sich Kläger beim Mieten der Geschäftsräume durch die Zusage des Beklagten nicht nur gegen die Konkurrenz eines Fleischers in seinem Berufssinne, sondern auch gegen eine solche durch den Verkauf von Roßfleischwaren schützen wollte, und daß auch Beklagter das erkannte. Das Gegenteil verstieße gegen Treu und Glauben im Verkehr; es sei daher auch nicht anzunehmen, daß Beklagter bei seiner Zusicherung davon ausgegangen sei, es stehe ihm frei, den zweiten Laden so, wie später geschehen, zu verwenden."

Die allgemeinen Auslegungsregeln finden auch Anwendung, wenn sich die Zusicherung auf die Beschaffenheit der Sache „nach Art einer anderen" oder „ungefähr, wie eine andere" erstreckt;[5]) ebenso beim Verkauf von Gattungssachen. Hier hat also der zusichernde Verkäufer grundsätzlich nur Sachen von „mittlerer Art und Güte" zu leisten. Der spezielle Inhalt der Zusicherung kann aber auch ergeben, daß er für eine bessere, als die gewöhnliche Mittelsorte Gewähr schuldet. Kauft A von B z. B. Kohlen unter der Zusage, daß sie von einer bestimmten, wegen der Güte ihrer Kohle berühmten Grube herrühren, so kann er Kohlen mittlerer Art und Güte der auf dieser Grube gewonnenen verlangen.

Mag man auch bei der Auslegung des Inhalts der Zusicherung den Grundsätzen von Treu und Glauben Rechnung tragen, und den Sinn des Versprechens sowie die Umstände, unter denen es geschah, berücksichtigen, so wird man bei der Art des Versprechens doch immer den Wortlaut der Erklärung in Rücksicht ziehen und ihn für den Umfang der Haftung in erster Linie maßgebend sein lassen müssen. Es ist also z. B. denkbar, daß der Verkäufer einer Wirtschaft dem Käufer garantiert, die Wirtschaft

[5]) Hierüber Bolze, a. a. O., Bd. XVII, S. 315.

werde jährlich einen bestimmten Umsatz haben, in dem Sinne, daß die Zusage in jedem Falle wirken solle, also auch dann, wenn der Umsatz demnächst infolge veränderter Verhältnisse zurückgeht. In der Regel wird ja freilich der Verkäufer nur erklären, daß ihm die Wirtschaft den betreffenden Umsatz gebracht habe. Wenn er aber ausdrücklich eine zukünftige Eigenschaft garantiert, so haftet er auch für sie — ob aus einer Zusicherung oder einem Garantievertrage, entscheidet sich nach dem oben Gesagten. Jedenfalls kann er sich aber nicht dadurch exkulpieren, daß er sagt, er habe durch die Zusicherung lediglich dem Käufer die gute Rentabilität der Kaufsache vor Augen führen und damit den Zustand der Wirtschaft zur Zeit des Vertragsschlusses oder Gefahrüberganges charakterisieren wollen.

§ 8.

Die zugesicherten Eigenschaften beim Kauf in besonderen Fällen.

Über „zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache" enthält zunächst das B.G.B. selbst einige Sonderbestimmungen für gewisse Arten des Kaufs.

Nach § 468 B.G.B. haftet der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer für die zugesagte Größe des Grundstücks wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Ob die Angabe einer bestimmten Grundstücksgröße seitens des Verkäufers nur eine nähere Bezeichnung des Grundstücks oder die Zusicherung der angegebenen Größe bezweckt, ist nach den Umständen zu entscheiden, also Tatfrage. Aus einer bloßen Angabe der Grundstücksgröße folgt das Vorliegen einer Zusicherung noch nicht.[1]) Auch dann ist eine Zusicherung nicht anzunehmen, wenn nichts weiter vorliegt, als daß die Vertragsteile wissen, wie groß das Grundstück nach dem Grundbuche sein soll und sie es in

[1]) E.R.G. in J.W. 1903, Beil. S. 125.

dieser Größe zu veräußern und zu erwerben beabsichtigen.[2]) Die Zusicherung bedeutet eben mehr als das bloße Wissen, wie groß das Grundstück nach dem Grundbuche sein soll und mehr, als die bloße Absicht, ein Grundstück von dieser Größe veräußern und erwerben zu wollen.

Beim Viehkauf kann sich die Zusicherung sowohl auf die Freiheit von Hauptmängeln, als auch auf andere Eigenschaften beziehen, und zwar gilt bezüglich ersterer der § 490, hinsichtlich letzterer der § 492 B.G.B.[3]) Danach beginnt die Verjährungsfrist der Ansprüche auf Wandelung und Schadensersatz bei zugesicherter Freiheit von Hauptmängeln vom Ende der Gewährfrist, bei Zusicherung anderer Eigenschaften dagegen von Ablieferung des Tieres an zu laufen.

Ob eine allgemeine Zusicherung, das Tier sei gesund, fehlerfrei usw. auf alle oder nur auf die Hauptmängel zu beziehen ist, ist Auslegungsfrage. Die Bestimmung der Reichstagsvorlage, daß sich eine derartige Zusage im Zweifelsfalle nur auf die Hauptmängel beziehen solle, hat die Kommission gestrichen.

In der Zusage, Vieh von bestimmter Beschaffenheit zu liefern, liegt im Zweifel nur die Übernahme der allgemeinen Gewährleistungspflicht. Zur Annahme einer Zusicherung bedarf es noch der Darlegung besonderer Umstände.[4])

Bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster sind gemäß § 494 B.G.B. die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen. Den Parteien bleibt es natürlich unbenommen, neben der Probemäßigkeit noch eine besondere Eigenschaft der Kaufsache zum Gegenstand der Zusicherung zu machen. Eine solche besondere Zusicherung liegt nicht schon in dem Falle vor, daß A bei B „Sommerweizen" bestellt und B ihm solchen unter Bezugnahme auf ein mitgesandtes Muster offeriert.

---

[2]) E.R.G. in J.W. 1905, 530.
[3]) A. A. Planck, Kom., Bem. 1aγ zu § 492 B.G.B.
[4]) E.O.L.G. 8, 448.

Denn durch die Offerte erklärt sich B lediglich zur Lieferung von Weizen dem Muster entsprechend bereit. B hat also, wenn A seine Offerte annimmt, nicht mehr als eine dem Muster entsprechende Sorte Weizen zu liefern.[5]) Wenn nun das Muster nicht Sommer-, sondern Winterweizen enthielt und B dementsprechend auch Winterweizen lieferte, kann A dagegen nichts tun. Denn es fehlt neben der Zusicherung der Probemäßigkeit an einer besonderen Zusicherung, daß die Ware „Sommerweizen" sei.

Zusicherungen der Ehefrau sind dann unbeachtlich, wenn sie Gegenstände betreffen, hinsichtlich derer ihr die selbständige Verfügungsbefugnis fehlt; also z. B. Zusicherungen, die sich auf zum Gesamtgut gehörige Sachen erstrecken.[6]) Das gleiche wird gelten müssen bei Zusicherungen des Ehemannes. Es wird also der Ehemann bei bestehender Gütergemeinschaft der Einwilligung seiner Ehefrau zu einer Zusicherung bedürfen, daß das zu verkaufende Grundstück gewisse Eigenschaften besitze. Eine derartige Annahme dürfte sich rechtfertigen aus dem Gesichtspunkte des § 1445 B.G.B., wonach die Einwilligung der Ehefrau zu dem obligatorischen Rechtsgeschäfte erforderlich ist, durch das sich der Ehemann zur Verfügung über ein zum Gesamtgute gehörendes Grundstück verpflichtet, dagegen nicht auf Grund der Unterstellung Plancks[7]), daß eine solche Zusicherung als Verfügung über das Grundstück zu erachten sei.

Für Zusicherungen, die ein Dritter, z. B. ein Geschäftsvermittler macht, haftet der Verkäufer grundsätzlich nur dann, wenn er den Dritten zu ihrer Abgabe ermächtigt hat oder sie nachträglich dem Käufer gegenüber genehmigt. Sache des Käufers ist es, sich über die Stellungnahme des Verkäufers zu der von dem Dritten gemachten Zusicherung Gewißheit zu verschaffen. Der

---

[5]) E.O.L.G. 8, 68.
[6]) E.R.G. in J.W. 1903, Beil. S. 43.
[7]) Anm. 2a Abs. 1 zu § 1445 B.G.B.

Käufer kann sich nicht ohne weiteres auf die Zusicherung des Dritten dem Verkäufer gegenüber berufen.[8]) Eine Ausnahme von dieser Regel wird gegenüber Zusicherungen von Geschäftsangestellten statthaben müssen. Hier wird der Prinzipal grundsätzlich Zusicherungen dieser Personen gegen sich gelten lassen müssen, sofern nicht der Käufer wußte oder hätte wissen müssen, daß das von dem Angestellten Erklärte dem Willen des Prinzipals nicht entspricht.[9]) Andererseits wird ein Prinzipal, der selbst und zwar im Vertrauen auf die Versicherung seines Angestellten eine Eigenschaft der Kaufsache zusichert, sich gegen seine Haftung aus einer Zusicherung nicht durch die Berufung auf seinen Angestellten, an dessen Sachkunde und Zuverlässigkeit er nie gezweifelt habe, schützen können. Denn die Vorsicht und Treu und Glauben im Verkehr gebieten jedem Verkäufer, der eine Zusicherung erteilt, sich selbst Gewißheit darüber zu verschaffen, ob die Eigenschaft an der Kaufsache auch vorhanden ist.[10])

Sind mehrere Verkäufer an einem Kaufe beteiligt, so ist nur eine von allen erteilte Zusicherung verbindlich. Eine Zusicherung des Ehemannes bezüglich einer Eigenschaft des zum Gesamtgute gehörigen Grundstückes allein hat also weder gegen ihn noch seine Ehefrau Wirkung.[11])

---

[8]) E.R.G. in Seuff. Arch. 60, 261 ff.; in J.W. 1904, 354.
[9]) E.R.G. 36, 42; 51, 147; in J.W. 1898, 360; 1899, 50.
[10]) Vgl. auch E.R.G. in J.W. 1905, 639.
[11]) Vgl. E.R.G. in J.W. 1903, Beil. S. 125.

Herrn Geheimrat Fischer gestatte ich mir für die gütige Förderung bei Abfassung dieser Arbeit meinen verbindlichsten Dank zu sagen.

Lebenslauf.

Ich, Engelbert Johannes Maria Lehnsdorf, bin am 8. August 1884 zu Groß-Wartenberg als Sohn des Königl. Rechnungsrates und Gerichtskalkulators Johannes Lebok und seiner Ehefrau Hedwig geb. Zödler geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und katholischen Glaubens. Nach fünfjährigem Besuch der Stadtschule meines Geburtsortes trat ich 1895 in die Sexta des Königlichen Matthias-Gymnasiums zu Breslau und wurde 1904 mit dem Zeugnis der Reife entlassen. Ich studierte alsdann Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 21. Mai 1908 die erste juristische Prüfung. Als Referendar war ich zunächst beim Amtsgericht in Sprottau, ferner beim Landgericht in Liegnitz und der Staatsanwaltschaft in Öls tätig. Die aktive Dienstzeit leistete ich beim Grenadier-Regiment König Wilhelm I. ab. Gegenwärtig bin ich bei Herrn Rechtsanwalt und Notar Mertin in Öls beschäftigt.